Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 01

Sessão: 20 de janeiro de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Faculdade de os próprios licitantes escolherem o prazo de duração do contrato

O Vice-presidente, Ministro Benjamin Zymler, submeteu ao Plenário decisão que proferiu durante o recesso, em substituição ao relator, nos autos de representação formulada ao Tribunal em que se alegava a existência de irregularidade no edital da Concorrência n.º 14/2009, promovida pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (Infraero), tendo por objeto a concessão de uso de área comercial. De acordo com o instrumento convocatório, o critério de seleção seria a maior oferta de pagamento fixo mensal e, como critério de desempate, seria vencedora a proposta que contemplasse o maior período de vigência contratual, levando-se em conta que o item 6.3 do edital facultava ao licitante a escolha do período de duração da avença (3, 6, 12, 18 ou 24 meses). Entendeu o Vice-presidente que quando a Administração faculta ao licitante a escolha do prazo contratual da concessão de uso, poderá ocorrer o paradoxo de a proposta vencedora do certame não ser a mais satisfatória para o erário. Nesse sentido, reconheceu pertinente o exemplo apresentado pelo autor da representação para a hipótese de um concorrente ‘A’ ofertar o valor de R$ 200.000,00 por período de 3 meses de contrato, enquanto outro licitante ‘B’ propor o pagamento mensal de R$ 199.999,00, por 24 meses. Nesse caso, a oferta do licitante ‘A’ seria declarada vencedora, apesar de não ser a que melhor atendesse ao interesse público. Considerando, em cognição sumária, a ausência do requisito do **periculum in mora**, haja vista a abertura da aludida licitação encontrar-se suspensa em razão da necessidade de análise da impugnação feita pela própria representante sobre a mesma irregularidade, indeferiu a medida cautelar pleiteada, mas determinou a oitiva dos responsáveis acerca da suposta ilegalidade da regra editalícia. ***Decisão monocrática no TC-029.721/2009-0, proferida no período de recesso do Tribunal, pelo Vice-presidente, no exercício da Presidência, Ministro Benjamin Zymler, em substituição ao relator, Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.01.2010***.

Exigência de certificação ISO-9001 como requisito de habilitação
Não tem amparo legal a exigência de apresentação, pelo licitante, de certificado de qualidade ISO-9001 para fim de habilitação, uma vez que tal exigência não integra o rol de requisitos de capacitação técnica, previstos no art. 30 da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente à Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002). Com base nesse entendimento, o Vice-presidente, atuando em substituição ao relator no período de recesso, reconheceu a presença do requisito do **fumus boni iuris** para o deferimento de medida cautelar em representação formulada ao TCU. A representante sustentava a existência de possível irregularidade no Pregão Eletrônico nº 167/2009, a cargo do Banco Central do Brasil (BACEN), tendo por objeto a prestação de serviços de blindagem nível III-A em dois veículos *sedan Hyundai Azera 3.3 automático*, de propriedade daquela autarquia federal. Isso porque o item 4.3 do Anexo 2 do edital exigia a comprovação, sob pena de inabilitação, da certificação ISO-9001, o que, segundo a representante, afrontava o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, por não ser tal exigência indispensável à garantia do cumprimento das obrigações assumidas. Além disso, a aludida certificação asseguraria apenas que os procedimentos e a gestão de processos da licitante estariam baseados em indicadores e voltados à satisfação do cliente, não garantindo, em absoluto, o cumprimento ou a prestação do serviço objeto do certame. Considerando, no entanto, que o pregão já teria sido homologado em 26/11/2009 e o respectivo contrato assinado em 09/12/2009, estando, pois, em plena execução, e que qualquer paralisação dos serviços contratados poderia implicar indesejável risco de os carros oficiais de autoridades máximas do BACEN ficarem desprovidos da proteção desejada, o Vice-presidente indeferiu o pedido de medida cautelar, por ausência do requisito do **periculum in mora**, sem prejuízo de determinar que o processo fosse submetido ao relator da matéria para prosseguimento do feito. Precedente citado: Acórdão nº 2.521/2008-Plenário. ***Decisão monocrática no TC-029.035/2009-8, proferida no período de recesso do Tribunal, pelo Vice-presidente, no exercício da Presidência, Ministro Benjamin Zymler, em substituição ao relator, Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.01.2010***.

Exigência de cumprimento do *Processo Produtivo Básico* para habilitação em certame cujo objeto é o fornecimento de equipamentos de informática
Conforme decidido pelo Tribunal no Acórdão n.º 2.138/2005-Plenário, *"não é juridicamente possível afastar a aplicação da regra de preferência de que trata o art. 3º da Lei n.º 8.248/91, alterado pelas Leis n.ºs 10.176/2001 e 11.077/2004, nos procedimentos licitatórios realizados sob a modalidade Pregão, cujo objeto seja o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, assim definidos pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 10.520/2002, estando essas licitações franqueadas a todos os interessados, independente de desenvolverem bens e produtos com tecnologia nacional e cumprirem o Processo Produtivo Básico, definido pela Lei n.º 8.387, de 30 de dezembro de 1991"*. O Plenário referendou decisão do relator que, com base no entendimento acima transcrito, adotou medida cautelar consistente na determinação ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Fluminense (IFF) para suspender a aquisição de computadores e outros equipamentos de informática objeto do Pregão Eletrônico n.º 49/2009. Entre os fatores que deram ensejo ao provimento cautelar, o relator destacou a exigência contida na cláusula 2.3 do edital, no sentido de que *"Somente poderão participar da presente licitação as empresas que cumpram o processo Produtivo Básico nos termos das Leis n.º 8.248/91 e 8.387/91"*, o que contraria a jurisprudência do Tribunal. Enfatizou o relator que a exigência do *Processo Produtivo Básico* não se coaduna com o requisito de habilitação do licitante, uma vez que tal imposição implica violação do princípio da isonomia. Invocando a jurisprudência do TCU, concluiu que a observância do *Processo Produtivo Básico* deveria ser elevada à condição essencial de aplicação da regra de preferência, tal qual o requisito de o produto ter sido desenvolvido com tecnologia nacional, conforme art. 3º, I, e § 3º, da Lei n.º 8.248/91. Ao final, foi determinada a audiência do pregoeiro para apresentar razões de justificativa acerca dos indícios de irregularidades suscitados, entre eles a exigência restritiva à competitividade contida na cláusula 2.3 do edital do Pregão Eletrônico n.º 49/2009. ***Decisão monocrática no TC-023.068/2009-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 20.01.2010***.

Autorização para homologação de licitação suspensa cautelarmente e para emissão da respectiva nota de empenho
O Vice-presidente comunicou ao Plenário haver deferido, no exercício da Presidência, pedido formulado pela Ministra Interina do Ministério da Saúde – recebido no Tribunal como Agravo –, autorizando a Secretaria Executiva daquele ministério, em caráter excepcional, a homologar o Pregão Presencial n.º 118/2009, suspenso cautelarmente pelo TCU, e a emitir a correspondente nota de empenho, visando a

garantir recursos orçamentários de 2009. Ressaltou ainda o Vice-presidente, em sua decisão, que permaneciam vedadas a assinatura e a execução do contrato decorrente do certame, atos que estariam condicionados à decisão de mérito. ***Decisão monocrática proferida pelo Vice-presidente, no exercício da Presidência, Ministro Benjamin Zymler, no TC-027.963/2009-2, rel. Min. José Jorge, 20.01.2010***.

Recomposição do equilíbrio contratual em razão de valorização cambial

Representação apresentada ao TCU apontou possível irregularidade no âmbito da Secretaria de Estado de Saúde do Acre (SESACRE), consistente no "reajuste" irregular da Ata do Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 163/2008, que tinha por objeto a aquisição de materiais de consumo para atender às unidades hospitalares da capital e demais unidades administrativas daquela secretaria. Após destacar que este Tribunal já decidiu, conforme Acórdão n.º 1.595/2006-Plenário, no sentido de que *"é aplicável a teoria da imprevisão e a possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de valorização cambial"*, não constatou o relator, na situação concreta, eventual desequilíbrio contratual em razão de valorização cambial que justificasse o realinhamento efetuado de 25% para os produtos constantes do Lote IV. Frisou tratar-se o presente caso de "revisão" ou "realinhamento" de preços, em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada de circunstâncias meramente inflacionárias. Considerando, no entanto, a baixa materialidade do débito apurado em contraposição aos custos que envolveriam a adoção de procedimentos adicionais para buscar o ressarcimento do dano, e considerando, ainda, o princípio da economicidade, deliberou o Plenário, acolhendo proposição do relator, no sentido do arquivamento dos autos, sem prejuízo de determinação à SESACRE para que na análise de pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos custeados com recursos públicos federais, fundamentados na ocorrência de fatos econômicos imprevisíveis (álea extraordinária), observe se estão presentes os pressupostos da concessão do direito previsto no art. 65, II, "d", da Lei n.º 8.666/93, quais sejam: a) elevação dos encargos do particular; b) ocorrência de evento posterior à assinatura da ata de registro de preços; c) vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos da empresa; e d) imprevisibilidade da ocorrência do evento. ***Acórdão n.º 25/2010-Plenário, TC-026.754/2009-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 20.01.2010***.

Substituição da medida cautelar de retenção de valores por prestação de garantia

Acolhendo pedido formulado pela empresa Egesa Engenharia S/A, o Vice-presidente, no exercício da Presidência, decidiu autorizar o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Tocantins (Dertins) a aceitar a substituição da medida cautelar de retenção de pagamentos, indicada nos subitens 9.1.1 e 9.1.2 do Acórdão n.º 2.141/2009-Plenário, por seguro-garantia ou fiança-bancária no mesmo montante consignado no aludido acórdão, desde que o instrumento seja revestido de abrangência suficiente para assegurar o resultado da apuração em curso no TCU acerca de eventual dano ao erário, devendo ainda conter cláusulas que estabeleçam: a) prazo de validade vinculado à decisão definitiva do TCU da qual não caiba mais recurso com efeito suspensivo; b) reajuste mensal; e c) obrigação de a instituição garantidora, se for a hipótese, depositar a quantia correspondente à garantia em favor do Dertins, no prazo de até 30 dias após o trânsito em julgado de acórdão deste Tribunal que acaso condene a empresa a restituir valores. Também deliberou o Vice-presidente no sentido de que fosse informado ao Dertins que o oferecimento de garantia não revoga a medida cautelar determinada no Acórdão nº 2.141/2009-Plenário, mas apenas suspende a sua eficácia enquanto a medida estiver validamente em vigor, e que, no caso de sobrevir a expiração do Contrato nº 02/1999, celebrado com a Egesa Engenharia S/A, com pagamento integral do seu valor, é necessário o estabelecimento prévio de compromisso de manutenção da garantia, renovação ou substituição contínua até o transito em julgado de deliberação definitiva do TCU, sob pena de aplicação das sanções cabíveis nas esferas civil, administrativa e penal. O Plenário, por unanimidade, homologou a decisão. ***Decisão monocrática proferida pelo Vice-presidente, no exercício da Presidência, Ministro Benjamin Zymler, durante o recesso do Tribunal, no TC-008.874/2009-8, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 20.01.2010***.

Identificação de sobrepreço em encargos sociais constantes do orçamento de obra cuja licitação foi concluída e o respectivo contrato assinado

Levantamento de auditoria realizado na Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR), tendo por objeto as obras de dragagem e adequação em portos marítimos, identificou irregularidade atinente à superestimativa de encargos sociais em orçamentos de obras de dragagem. Considerando que o sobrepreço apontado foi da ordem de apenas 3%, e que as contratadas sobre ele ainda não haviam se manifestado, e ainda diante da inexistência de um sistema oficial de custos para os serviços de dragagem, deliberou o

Plenário, acompanhando o voto do relator, no sentido de permitir que a SEP/PR mantivesse, com relação aos contratos em andamento, os percentuais de encargos sociais cotados pelas licitantes vencedoras, sem prejuízo de futuros questionamentos por parte do Tribunal. Além disso, foi determinado à SEP/PR que nas próximas concorrências internacionais destinadas a obras de dragagem e adequação dos portos marítimos brasileiros, ajuste a alíquota de ISSQN à legislação tributária específica da localidade de realização dos serviços. ***Acórdão n.º 29/2010-Plenário, TC-005.788/2009-4, rel. Min. Aroldo Cedraz, 20.01.2010***.

Uso do pregão para contratação do estudo de impacto ambiental (EIA) de obra, acompanhado do respectivo relatório (Rima)

O relator comunicou ao Plenário que em sede de medida cautelar, determinou a suspensão do Pregão Presencial n.º 034/2009, promovido pela Companhia Docas do Rio de Janeiro, tendo por objeto a elaboração do estudo de impacto ambiental (EIA), acompanhado do respectivo relatório (Rima), das obras de implantação do terminal de granéis sólidos no Porto de Itaguaí. O **fumus boni iuris** restou caracterizado pela utilização da modalidade de licitação denominada pregão visando à contratação de serviço cujas características, em juízo cautelar, não se enquadram na categoria “comum”, contrariando, assim, o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/2002. Quanto ao **periculum in mora**, haveria o risco de que fosse assinado contrato sem a garantia de que o serviço pretendido atenderia, de fato, às necessidades da Administração Pública. Ato contínuo, foi determinada a oitiva da Companhia Docas do Rio de Janeiro, por intermédio de seu presidente, e da pregoeira que atuou no certame, a fim de se manifestarem sobre os critérios adotados para a caracterização do serviço objeto do Pregão Presencial n.º 034/2009 como sendo de natureza “comum”, nos termos da Lei n.º 10.520/2002. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-029.031/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.01.2010***.

Atribuição de pontos em licitação que tem por objeto a prestação de serviços de advocacia - 1

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades perpetradas pela Companhia Nacional de Abastecimento (Conab/MAPA) no âmbito da Concorrência nº 12/2009, que tinha por objeto a contratação de serviços especializados de advocacia perante as justiças estadual, federal e do trabalho, com atuação em todas as instâncias dos tribunais com sede no Distrito Federal. Alegou a representante que a atribuição de pontos a cada ano de registro da sociedade de advogados na OAB não estaria devidamente motivada no projeto básico. Após realizar análise sistêmica do edital, o relator considerou razoável a atribuição de pontuação máxima de três pontos para tal quesito, ou seja, um ponto para cada ano de registro da sociedade na OAB, critério que, no seu entender, não colocaria em desvantagem competitiva a grande maioria dos potenciais concorrentes, nem privilegiaria as sociedades com muitos anos no mercado. Tratar-se-ia, pois, de uma porção ínfima do conjunto de pontuação possível. Afirmou ainda o relator que a natureza dos serviços a serem prestados (serviços jurídicos) faz com que sua qualidade dependa basicamente da perícia profissional, a qual, em parte, é adquirida por uma boa formação acadêmica, mas que depende basicamente da intensidade e da qualidade da prática forense do quadro de advogados envolvido na prestação. Com base nesses argumentos, concluiu o relator inexistir irregularidade quanto ao ponto específico, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 33/2010-Plenário, TC-023.352/2009-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.01.2010***.

Atribuição de pontos em licitação que tem por objeto a prestação de serviços de advocacia - 2

Outra possível irregularidade indicada pela representante na Concorrência nº 12/2009, da Conab, seria a atribuição de pontos à comprovada atuação profissional em ação rescisória envolvendo relações de emprego, partindo o edital, a seu ver, do falso pressuposto de que um profissional com experiência em ações rescisórias cíveis não teria conhecimento ou capacidade para atuar em matéria trabalhista. Após ressaltar, no caso em apreço, a superioridade numérica das ações trabalhistas em relação às cíveis e a prevalência do conhecimento de direito material trabalhista em relação ao direito processual civil, concluiu o relator, com a anuência do Plenário, não proceder a alegação da representante de que o critério de pontuação seria abusivo pela similitude procedimental entre a ação rescisória trabalhista e a cível. ***Acórdão n.º 33/2010-Plenário, TC-023.352/2009-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.01.2010***.

Indicação de marca do *software* e sua contratação por inexigibilidade de licitação

Auditoria realizada na Secretaria de Controle da Justiça do Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho (Secon/TST) identificou supostas irregularidades no âmbito do Projeto Informatizado de Auditoria, Monitoramento e Gerenciamento – PIAMG, envolvendo a aquisição de licenças de uso do *software* ACL por

inexigibilidade de licitação. Tais irregularidades consistiriam, basicamente, na inobservância dos pressupostos legais para a contratação direta, na indicação indevida de marca no instrumento convocatório e na existência de falhas na pesquisa de preços realizada. Após ressaltar que o requisito de acesso nativo ao banco de dados Oracle, característica existente apenas no *software* de auditoria ACL, havia sido determinante para a sua escolha pelo TST, e que no caso concreto, o acesso via ODBC fora vetado pela área de TI daquele órgão por oferecer riscos à segurança da informação, concluiu o relator pela ausência de violação ao art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/93, restando tecnicamente justificada a indicação de marca. Permaneceria sem a devida motivação, no entanto, a contratação direta. Não obstante a viabilidade de competição, pois o produto almejado pela Corte Trabalhista não era de fornecimento exclusivo da contratada, mas diante da ausência de má-fé dos responsáveis e da inexistência de sobrepreço, ponderou o relator que, em situações análogas, o TCU tem exarado apenas determinação ao órgão no sentido de evitar a reincidência de falhas verificadas, afastando a aplicação de sanção pecuniária. Por unanimidade, o Pleno acompanhou o relator em sua proposta de deliberação. Precedentes citados: Acórdão n.º 3.659/2007-1ª Câmara e Acórdãos n.os 235/2007 e 822/2007, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 17/2010-Plenário, TC-022.059/2008-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 20.01.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 02

Sessões: 26 e 27 de janeiro de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na (s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Parâmetro de preços para medicamentos e equipamentos hospitalares: 1 - Pesquisa de preço para o varejo e ganho de escala no atacado

Fiscalização na Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo (SES/SP) e na Secretaria de Saúde do Município de São Paulo (SMS/SP) apontou fragilidades em procedimentos adotados nas contratações realizadas com recursos repassados pela União, envolvendo a aquisição de medicamentos e equipamentos hospitalares. A administração socorria-se de fontes inadequadas para obtenção do preço de mercado, as quais não refletiam o ganho de escala que poderia ser obtido em face do volume comprado, como por exemplo dados obtidos na revista *Simpro*, publicação que tem por objetivo divulgar preços dos fornecedores de medicamentos e outros produtos de saúde para que seu público-alvo, farmácias e drogarias, possa formar o preço de venda ao consumidor final. Esse procedimento teria conduzido à realização de contratações desvantajosas, com sobrepreço, ferindo os princípios da economicidade e da eficiência, além de ir de encontro à Lei de Licitações. Enfatizou o relator que o resultado não poderia ser outro quando são utilizadas fontes de preços que servem ao mercado de varejo, como o da revista *Simpro*, sem que sejam levados em consideração, nas pesquisas de preço, os volumes envolvidos nas compras da administração pública. Como agravante, foi constatada a utilização do sistema de registro de preços, propagando-se assim os efeitos do sobrepreço para todas as unidades que, eventualmente, aderissem às atas constituídas, cujos preços estariam superestimados. O Plenário, acolhendo proposição do relator, deliberou no sentido de determinar à SES/SP e à SMS/SP que ao utilizarem recursos públicos federais, previamente à realização de seus certames licitatórios e ao acionamento de atas de registro de preço, próprias ou de outros órgãos, e periodicamente durante sua

vigência, efetuem ampla pesquisa de mercado, considerando os quantitativos, relevantes nas compras em grande escala, a fim de verificar a aceitabilidade do preço do produto a ser adquirido, em observância aos arts. 3º, 15, inc. V, e 40, inc. X, da Lei n.º 8.666/93. Além disso, foi determinado à SES/SP que se abstivesse de prorrogar a vigência das atas de registro de preço resultantes das licitações inquinadas, adotando, tempestivamente, medidas necessárias a novas contratações, a fim de evitar desabastecimento de medicação e insumos necessários ao atendimento público. ***Acórdão n.º 65/2010-Plenário, TC-000.295/2009-9, rel. Min. Aroldo Cedraz, 27.01.2010***.

Parâmetro de preços para medicamentos e equipamentos hospitalares: 2 - Necessidade de banco de dados confiável

O relator registrou em seu voto ser recorrente a dificuldade na apuração e quantificação do sobrepreço na aquisição de produtos farmacêuticos e hospitalares, e que a ausência de parâmetros de preços confiáveis para comparação com os praticados nas contratações vem sendo o principal obstáculo enfrentado pelo TCU. Consultando o *site* da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), o relator encontrou uma lista de 19.793 medicamentos, seus preços de fábrica e preços máximos ao consumidor, o que, em tese, possibilitaria o cálculo do Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), criado pela Resolução n.º 4/2006 da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed). Ponderou, no entanto, o fato de não serem disponibilizadas no *site* tabelas de preços para períodos anteriores a 2006, impossibilitando o cálculo do PMVG no caso concreto. Observou também o relator que muitos dos itens dos processos licitatórios apreciados na fiscalização tratam de insumos hospitalares, cujos preços não estão na lista da Anvisa, pois a competência da Cmed alcança apenas os preços de medicamentos. Para obter um parâmetro de preços para os insumos hospitalares, frisou o relator que a equipe de fiscalização se valeu do Banco de Preços do Ministério da Saúde, no qual são inseridas compras efetuadas por órgãos públicos, com recursos do SUS. No entanto, a ausência de análise ou tratamento estatístico sobre esses dados por parte do Ministério da Saúde ou do Departamento Nacional de Auditoria do SUS (Denasus), no que tange à razoabilidade dos preços inseridos e à existência de sobrepreço, acabou por prejudicar a sua utilização na apuração das irregularidades apontadas na fiscalização. Referendando a conclusão do relator no sentido de que a criação de parâmetros confiáveis de preços de medicamentos e insumos hospitalares é fundamental para o exercício do controle, apuração de sobrepreço e consequente dano ao erário nas contratações públicas, o Plenário recomendou ao Ministério da Saúde que passe a disponibilizar, no sítio da Anvisa, tabelas de preços de medicamentos, com seus preços de fábrica e máximos ao consumidor, referentes a datas anteriores à da última atualização, com vistas a permitir a comparação e verificação da aceitabilidade dos preços contratados pela administração pública. Recomendou, ainda, fosse realizado estudo de mecanismos para aprimorar o Banco de Preços do Ministério da Saúde, visando à sua possível utilização como parâmetro na comparação de preços dos insumos hospitalares. ***Acórdão n.º 65/2010-Plenário, TC-000.295/2009-9, rel. Min. Aroldo Cedraz, 27.01.2010***.

Regularidade fiscal da filial que participa de licitação

Apreciando o terceiro e o quarto estágios da contratação de Parceria Público-Privada (PPP), na modalidade de concessão administrativa, promovida pelo consórcio Datacenter, composto pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal, destacou o relator em seu voto que a regularidade fiscal a ser comprovada é a do efetivo estabelecimento que participa da licitação, no caso, a filial da sociedade. No caso concreto, examinava-se a decisão administrativa que negara provimento ao recurso interposto pelo consórcio Método contra o julgamento que declarou vitorioso o consórcio Termoeste. Em síntese, defendia o recorrente a não comprovação da regularidade fiscal por parte do consórcio Termoeste (formado pelas empresas Termoeste S.A., BVA Investimentos Ltda. e GCE S.A.), sob o argumento de que a empresa Termoeste afirmara *"ter sede em Brasília, mas sua sede é em Goiânia, segundo seu estatuto social, sendo o estabelecimento de Brasília apenas uma filial"*. Em função disso, a empresa Termoeste teria descumprido exigência editalícia, ao não apresentar certidões fiscais negativas estadual e municipal de sua sede, nem comprovação de inscrição no CNPJ do estabelecimento sede (Goiânia), fato que deveria ter ensejado, segundo o recorrente, a inabilitação do consórcio. Ao concordar com a decisão administrativa que indeferiu o recurso, ressaltou o relator que a conjugação do disposto no art. 29, II e III, da Lei nº 8.666/93, com o que prescreve o § 1º do art. 75 do Código Civil Brasileiro, e, ainda, com o estabelecido no art. 127, II, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), permite concluir que a comprovação da regularidade fiscal refere-se ao efetivo estabelecimento que participa do processo licitatório, no caso a filial da empresa Termoeste. Para corroborar o seu entendimento, registrou, por fim, em seu voto, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é

firme no sentido de que *"O domicílio tributário das pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação, é o de cada estabelecimento – artigo 127, II, do Código Tributário Nacional"* (REsp 900604, 16/04/2007). O Plenário, por unanimidade, acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 69/2010-Plenário, TC-026.755/2008-7, rel. Min. Raimundo Carreiro, 27.01.2010***.

Concorrência para realização de obra: 1 - Projeto básico deficiente e elaboração do projeto executivo como atribuição do licitante

O projeto executivo constitui-se em detalhamento do projeto básico, determinando, de forma minuciosa, as condições de execução. É dizer, trata-se de etapa complementar, não havendo sentido que seja deixada a cargo do projeto executivo a definição de itens essenciais da obra. Com base nesse entendimento, o Plenário fixou prazo para o 4º Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (CINDACTA IV) adotar as medidas necessárias à anulação da Concorrência n.º 001/2009, que tinha por objeto a construção do novo prédio de comando do órgão. A decisão foi tomada em processo de representação formulada ao TCU contra cláusula editalícia que exigia que os licitantes apresentassem, junto com a proposta de preços, o projeto executivo da obra, em afronta ao art. 9º, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, o qual faculta a exigência de projeto executivo somente do contratado. Chamados aos autos, os gestores do CINDACTA IV defenderam que a exigência de apresentação do projeto executivo, juntamente com a proposta de preços, justificar-se-ia pelo fato de tratar-se, em verdade, de projeto executivo complementar, a englobar a construção de estruturas (vigas, pilares e fundações) e das instalações de água, esgoto, pára-raios, telefone, contra-incêndio e elétrica. O relator concluiu que os elementos integrantes do chamado projeto executivo complementar deveriam ter constado do projeto básico da obra, por serem itens necessários e suficientes para caracterizar o empreendimento, conforme previsto no art. 6º, IX, da Lei n.º 8.666/1993. Ao final, ressaltou o relator que a apresentação desses elementos posteriormente à licitação poderia provocar significativo incremento de custo, com o risco de tornar o empreendimento inviável do ponto de vista orçamentário-financeiro. Além da anulação do certame, o Plenário também determinou ao CINDACTA IV que caso entenda oportuno lançar novo procedimento licitatório, abstenha-se de deixar para o projeto executivo o papel de identificar os elementos necessários e suficientes à caracterização dos serviços da obra a ser executada, especificando-os de modo que fiquem devidamente caracterizados por meio de um projeto básico adequado. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.640/2007, 628/2008, 1.874/2007, 925/2006, 1.523/2005 e 1.461/2003, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 80/2010-Plenário, TC-025.219/2009-7, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.01.2010***.

Concorrência para realização de obra: 2 - Cotação, na planilha de preços das licitantes, de diversos itens por meio da rubrica "verba" (vb) como unidade de medida

Outro problema identificado no âmbito da Concorrência n.º 001/CINDACTA IV/2009 foi o fato de as planilhas orçamentárias das licitantes apresentarem cotação de diversos itens com a rubrica "Verba" (Vb) como unidade de medida. Esse fato, por impossibilitar a mensuração do custo unitário dos produtos, vai de encontro ao disposto nos arts. 6º, IX, "f", e 7º, § 2º, II, e § 4º, da Lei n.º 8.666/93. Não por outro motivo, ressaltou o relator, a jurisprudência do Tribunal considera tal prática ilegal. Enfatizou ainda em sua proposta de deliberação que apesar de admitida a orçamentação por verba, ela só deve ser aplicada quando não há como se definir unidades, aferir quantitativos de consumos de materiais e de utilização de mão de obra e equipamentos, ou ainda quando o serviço é praticamente imensurável. O relator considerou que, no caso concreto, os itens cotados por meio de "Verba" – Tubos, Conexões e Caixas de Inspeção, Instalações Elétricas Prediais e Instalações de Lógica e Telefone – eram perfeitamente quantificáveis, sendo irregular, portanto, a mensuração daquela forma. Acolhendo manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de exarar determinação ao CINDACTA IV para que observe o disposto no art. 7º, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/1993, exigindo que o orçamento-base e as propostas das licitantes contenham o devido detalhamento dos elementos, com composições de custos unitários que especifiquem os materiais utilizados, mão de obra e equipamentos empregados. Precedentes citados: Decisões n.os 615/2001 e 822/2002, ambas do Plenário, Acórdãos n.os 1.588/2003-1ª Câmara, e 1.091/2007, 3.086/2008, 93/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 80/2010-Plenário, TC-025.219/2009-7, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.01.2010***.

Concorrência para realização de obra: 3 - Exigência no edital, para fim de qualificação técnica, de profissional de nível superior pertencente ao quadro permanente do licitante

Ainda em relação à Concorrência n.º 001/CINDACTA IV/2009, foi também constatado que o edital exigia, como requisito de qualificação técnica, que o licitante possuísse, em seu quadro permanente, na data do

certame, profissional de nível superior em Engenharia Civil detentor de atestado de responsabilidade técnica ou acervo técnico por execução de obras/serviços com as características técnicas especificadas no projeto básico. Destacou o relator que a exigência encontra óbice na jurisprudência do TCU, que a considera ilegal. Por oportuno, transcreveu excerto do voto condutor do Acórdão n.º 2.297/2005-Plenário, da lavra do Ministro Benjamin Zymler, em que restou consignado ser suficiente, para fim de qualificação técnico-profissional, *"a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação comum"*. Com base nesse entendimento, o Plenário formulou determinação ao CINDACTA IV para que se abstenha de exigir, como condição de qualificação técnica, que os licitantes possuam, em seu quadro permanente, os profissionais com as certificações requeridas no edital. ***Acórdão n.º 80/2010-Plenário, TC-025.219/2009-7, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.01.2010***.

Pregão para realização de eventos: 1 - Descrição genérica do objeto
Representação formulada ao TCU levantou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 22/2009, promovido pelo Ministério da Defesa - Comando do Exército, com o objetivo de efetuar registro de preços e contratar *"empresa especializada em atividades logísticas para atender à garantia de produtos e serviços às diversas necessidades específicas"* do gabinete do comandante do Exército. Tendo em vista a genérica descrição do objeto do aludido pregão eletrônico, somente após análise das especificações contidas no termo de referência e anexos ao edital foi possível depreender, afirmou o relator, que o foco do certame era, na verdade, a contratação de empresa para realização de eventos. Nesse sentido, acrescentou que se a empresa não tem acesso a todos os dados de que necessita para uma orçamentação precisa, corre ela o risco de propor preços calcados em estimativas que posteriormente venham a se mostrar inadequadas para as demandas do órgão contratante. Diante desse risco, muitas empresas poderiam, inclusive, desistir de participar do certame. A falta de detalhamento dos serviços licitados repercutiu também, segundo o relator, nas cotações de preços efetuada pelo Comando do Exército: *"as cotações de preços feitas junto às empresas [...] não servem para obtenção de um valor médio de mercado se cada empresa orçou os itens indicados com especificações próprias não uniformizadas, não havendo como efetuar comparações entre esses valores ofertados"*. ***Acórdão n.º 79/2010-Plenário, TC-025.149/2009-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.01.2010***.

Pregão para realização de eventos: 2 - Ausência da previsão de quantidades
Outra suposta irregularidade apontada no Pregão Eletrônico n.º 22/2009, do Comando do Exército, foi a ausência de definição dos quantitativos mínimos e máximos a serem executados no âmbito do contrato, o que prejudicaria sobremaneira a obtenção de um preço mais vantajoso para a administração. O relator considerou presente a irregularidade. Primeiro, porque ganhos de economia de escala deixam de ser computados, tendo em vista que para aquisições e compras em maiores quantidades são obtidos descontos substanciais. Segundo, porque sem saber quais os quantitativos mínimos e máximos que podem ser praticados em determinado contrato, o fornecedor não tem como elaborar orçamentos com precisão adequada, tendo em vista que não possui elementos para dimensionar os custos referentes à montagem de uma estrutura organizacional que faça frente às possíveis demandas do órgão licitante. Terceiro, porque sem conhecer as faixas de quantidades que podem ser requeridas, o fornecedor não tem como avaliar sua possibilidade de atendimento às solicitações do contratante, o que o leva ou à adoção de valores médios na tentativa de atenuação do risco de apresentar preços não condizentes com as demandas futuras – e, diante dessa situação, a administração pública deixa de obter descontos que poderiam ser ofertados pela licitante consoante as estimativas de demanda –, ou a desistir de participar do certame para se resguardar da possibilidade de não conseguir executar o contrato caso o tamanho dos lotes de fornecimento seja superior à sua capacidade produtiva. Neste último caso, assinala o relator, haveria restrição da competitividade do certame. ***Acórdão n.º 79/2010-Plenário, TC-025.149/2009-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.01.2010***.

Pregão para realização de eventos: 3 - Critério de inexequibilidade do preço
Ainda com relação ao Pregão Eletrônico n.º 22/2009, do Comando do Exército, foi suscitada possível restrição à competitividade do certame em decorrência da estipulação de valor mínimo, por item, arbitrado em 50% do preço orçado. Em sua proposta de deliberação, destacou o relator que na falta tanto de composições de custos bem estruturadas quanto de pesquisas de mercado confiáveis, o orçamento-base da licitação acaba por ter um caráter meramente estimativo e, nesse caso, muitos itens podem estar com valores destoantes ou mesmo impraticáveis ante as demandas do órgão licitante. O raciocínio, segundo ele, deve ser aplicado no que se refere às cláusulas editalícias que contemplam previsão de desclassificação de propostas com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles inferiores a 50% do preço unitário

estipulado pelo orçamento-base da licitação. Ora, se pairam dúvidas acerca da adequabilidade dos custos unitários orçados pelo órgão licitante, a utilização desse critério de desclassificação para preços inexequíveis pode se mostrar inapropriado, sustentou o relator. Defendeu, ainda, que o procedimento de desclassificação direta das propostas com preços unitários tidos como inexequíveis deveria ser analisado sob a ótica do que dispõe o art. 48, II e § 1º, da Lei n.º 8.666/1993. Invocando a doutrina de Marçal Justen Filho e de Adilson de Abreu Dallari, concluiu o relator ser inadmissível a desclassificação direta de licitantes pela apresentação de propostas que contenham preços considerados inexequíveis, sem que antes lhes seja facultada oportunidade de apresentar justificativas para os valores ofertados. ***Acórdão n.º 79/2010-Plenário, TC-025.149/2009-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.01.2010***.

Pregão para realização de eventos: 4 - Vícios insanáveis e anulação
Ante os indícios de sobrepreço, desclassificação indevida de licitantes e restrição à competitividade do certame, concluiu o relator que a contratação da empresa vencedora da licitação poderia ocasionar prejuízo à administração pública. Além disso, o fato de se tratar de pregão eletrônico com o objetivo de efetuar registro de preços poderia ampliar o potencial dano ao erário. Assim sendo, ressaltou que a melhor alternativa, para resguardar a administração de eventuais prejuízos, seria a anulação do Pregão Eletrônico n.º 22/2009, cabendo ao Comando do Exército decidir pela realização de novo procedimento licitatório, livre dos vícios apontados. Registrou também em sua proposta de deliberação não vislumbrar prejuízo ao ente público com a anulação do certame, pois não há previsão da realização de eventos próximos que venham a ser substancialmente afetados no caso de solução de continuidade da licitação. Acolhendo proposição do relator, deliberou o Plenário no sentido de fixar prazo para o Comando do Exército adotar as medidas necessárias à anulação do Pregão Eletrônico n.º 22/2009, bem como do contrato dele decorrente, caso o ajuste já tenha sido firmado. ***Acórdão n.º 79/2010-Plenário, TC-025.149/2009-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.01.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Aditamento para incorporação de novos serviços ao contrato
Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade na execução do Contrato n.º 10/2007, celebrado entre o Ministério do Esporte e o consórcio Gabisom-Eletromídia, tendo por objeto a prestação de serviços de comunicação privada para os Jogos Panamericanos de 2007. Segundo o representante, haveria incompatibilidade entre os serviços integrantes da avença – sonorização, vídeo, CATV e cabeamento – e os do termo aditivo – intercomunicação e gerenciamento de radiocomunicação –, o que desautorizaria o aditamento. Após registrar que se encontrava inserida no objeto do contrato a “operação” dos equipamentos de áudio e vídeo – microfones, caixas acústicas, amplificadores, *mixers*, suportes, pedestais, vídeo *boards*, câmeras de circuito fechado de televisão –, e constatar ainda ser imprescindível, para a boa prestação dos serviços, que as equipes técnicas dispusessem de equipamentos de intercomunicação para, no decorrer dos eventos, ajustar o posicionamento de câmeras, microfones e caixas de som, alterar as áreas de captura de imagens, comutar câmeras e microfones captadores de imagens e sons, concluiu o relator que os serviços de intercomunicação e radiocomunicação poderiam ser incorporados ao contrato, por serem complementares aos originalmente pactuados. Frisou também a inexistência de sobrepreço no aditivo celebrado, e ainda que o valor aditado – 13% do inicial – seria inferior ao limite fixado no art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. Por fim, elencou três motivos para se concluir pela regularidade do aditamento: “*pertinência entre os serviços originalmente contratados e os aditados; observância do limite quantitativo de acréscimo; e inexistência de sobrepreço nos serviços acrescidos*”. Com base nesse entendimento, a Primeira Câmara considerou a representação improcedente. ***Acórdão n.º 278/2010-1ª Câmara, TC-030.476/2008-7, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 26.01.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 2 e 3 de fevereiro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na (s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Pregão para aquisição de equipamentos de informática: 1 - Alteração no objeto da licitação e necessidade de republicação do edital
O relator informou ao Plenário haver adotado medida cautelar com vistas a que a Secretaria de Educação e Cultura do Município de João Pessoa/PB se abstivesse de utilizar recursos federais para pagamento de despesas relacionadas ao contrato a ser celebrado com a vencedora do Pregão Presencial SRP n.º 029/2009, destinado à aquisição de equipamentos de informática. No curso do certame, em resposta a pedido de esclarecimento acerca da tecnologia das unidades de armazenamento (SMART IV) e da placa de rede (suporte a DASH 1.0 e 1.1), a entidade promotora da licitação indicou que aceitaria propostas contendo equipamentos com unidades de disco com tecnologia SMART III e/ou SMART IV, e que atendessem às exigências dos padrões ASF 2.0 e DASH 1.0 e/ou 1.1. Para a representante, a não republicação do instrumento convocatório nessa situação, com a consequente reabertura de prazo para apresentação de novas propostas, representaria violação ao art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93. Isso porque a alteração nas características técnicas do objeto do certame afetava a formulação das propostas, na medida em que aumentava a quantidade de tipos de equipamentos aptos a serem aceitos pela administração. Diante dos indícios de grave violação à norma legal, bem assim o fato de eventual celebração de contrato, oriundo do certame licitatório questionado, não necessariamente conduzir à proposta que fosse técnica e

economicamente mais vantajosa ao interesse público, concluiu o relator, em cognição sumária e não exauriente, pelo provimento cautelar. O Plenário referendou a decisão. ***Decisão monocrática no TC-001.187/2010-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.02.2010***.

Pregão para aquisição de equipamentos de informática: 2 - Exigências restritivas ao caráter competitivo da licitação

Outra suposta irregularidade identificada no Pregão Presencial SRP n.º 029/2009, da Secretaria de Educação e Cultura do Município de João Pessoa/PB, foi a exigência do padrão BTX para a placa-mãe, gabinete e fonte, a qual, em cognição sumária, se revelou desarrazoada sob o ponto de vista técnico, por não trazer nenhuma vantagem relevante para o atendimento do interesse público, tendo sido suscitada, ainda, contratação mais onerosa para a administração municipal. O relator chamou a atenção para o fato de que o valor da oferta vencedora foi de R$ 1.895.950,00 para 750 máquinas, o que implicaria custo médio de R$ 2.527,93 por microcomputador. A corroborar a onerosidade excessiva da aquisição, considerou oportuno destacar licitação realizada recentemente pela administração do TCU (Pregão n.º 65/2009), em que foram aceitos equipamentos com qualquer uma das arquiteturas, ATX ou BTX, tendo sido de R$ 2.323.500,00 o preço total ofertado pela vencedora para o fornecimento de 2.000 microcomputadores, importando custo unitário de R$ 1.549,00 por equipamento. Além disso, a própria quantidade de licitantes que acorreu ao certame oferecia indícios de que a decisão da municipalidade poderia ter ensejado restrição à competitividade. Não obstante doze empresas terem adquirido o edital, somente quatro apresentaram proposta, o que revela, para o relator, *"indícios de alijamento de potenciais interessados em participar da licitação"*. ***Decisão monocrática no TC-001.187/2010-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.02.2010***.

Exigência de que os cartuchos e toners sejam da mesma marca da impressora

O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando à Secretaria de Estado de Saúde do Acre que suspendesse a eficácia das Atas de Registro de Preços n.os 162/2009 e 167/2009, relativamente aos lotes V e VII, para demandas futuras por parte daquele órgão estadual e também perante outros entes da administração pública. Constava do termo de referência do Pregão Presencial n.º 83/2009 – do qual se originaram as atas – que o produto ofertado para os lotes V (material de consumo de informática) e VII (kit fusor) deveria ser *"original do fabricante do equipamento, não remanufaturado, não reciclado, não similar"*. Em resumo, assinalou o relator, *"o edital exigia que os cartuchos e toners de impressão fossem da mesma marca da impressora"*. Para o provimento cautelar, ele destacou que o TCU tem consolidado entendimento no sentido de que a exigência de os cartuchos de tinta para impressoras serem produzidos pelo mesmo fabricante do equipamento impressor, ou fabricados no exterior por empresas da mesma marca da impressora, privilegia a marca do próprio fabricante e restringe a competitividade do certame, ao afastar possíveis licitantes fabricantes de produtos novos, similares ou compatíveis, que apresentem qualidade condizente com as necessidades do equipamento. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. Precedentes citados: Decisões n.os 664/2001, 130/2002, 516/2002, 1476/2002, 1518/2002, todas do Plenário; Acórdão nº 1354/2007-Segunda Câmara e Acórdãos n.os 964/2004, 520/2005, 1165/2006 e 1033/2007, todos do Plenário. ***Decisão monocrática no TC-027.182/2009-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.02.2010***.

Submissão das OSCIPs à Lei n.º 8.666/93

Existem direitos potestativos inseridos na Lei n.º 8.666/93 que são competências privativas de entes que integram a administração pública, tais como: aplicação de multas, rescisão unilateral de contratos e declaração de inidoneidade de licitantes. Essas prerrogativas, que privilegiam o princípio da supremacia do interesse público, não se conferem a entidades privadas. Com base nesse entendimento, o Plenário determinou à Fundação Instituto de Hospitalidade (OSCIP) que, quando da gestão de recursos públicos federais recebidos mediante transferências voluntárias, observe os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, além da cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato, de acordo com o art. 11 do Decreto nº 6.170/2007. Em seu voto, o relator ressaltou o entendimento esposado no voto revisor que fundamentou o Acórdão n.º 1.777/2005-Plenário, no sentido de não se aplicar **in totum** os dispositivos da Lei nº 8.666/1993 a entes privados que administrem recursos públicos federais, como é o caso das OSCIPs. ***Acórdão n.º 114/2010-Plenário, TC-020.848/2007-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.02.2010***.

Responsabilidade da autoridade que homologa a licitação
Acompanhando o voto do relator, o Plenário negou provimento a pedido de reexame interposto contra o Acórdão n.º 1.541/2007-Plenário, por meio do qual foi aplicada multa à recorrente em razão de: (i) não publicação do aviso de tomada de preços no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação, em afronta ao art. 21, I e III, da Lei nº 8.666/93; e (ii) desclassificação de licitante por exigência impertinente, desprovida de fundamento legal. A recorrente procurava se eximir da responsabilidade simplesmente tentando transferir o ônus aos seus subordinados. Segundo ela, estando a adjudicação na essência das atribuições da comissão de licitação, e inexistindo recurso ou erro claro, não seria razoável exigir-lhe que não homologasse o certame. Trouxe também como argumento recursal a suposta ausência de prejuízo, por ter sido a contratação efetivada pelo valor de mercado. Para o relator, o ato omisso da recorrente, investida como autoridade homologadora da licitação, estaria materializado na ausência de conferência dos requisitos essenciais do procedimento sob sua responsabilidade. Restaria caracterizada, portanto, *"a negligência, ou seja, a inobservância de normas que lhe ordenariam a agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento"*. Tal negligência, afirmou o relator, *"não pode ser descaracterizada simplesmente alegando-se possível erro de subordinados ou suposta ausência de prejuízo financeiro computado. Mesmo porque a responsabilidade, neste caso, pode advir de culpa* ***in eligendo****, ou seja, da má escolha daquele em quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação, e da culpa* ***in vigilando****, decorrente da falta de atenção com o procedimento de outrem. Há que se considerar, ainda, que responsabilidade não se transfere"*. ***Acórdão n.º 137/2010-Plenário, TC-015.583/2002-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 03.02.2010***.

Convite formulado a sociedades que possuem os mesmos sócios: 1 - Fraude à licitação que enseja declaração de inidoneidade
Representação encaminhada ao TCU noticiou possíveis irregularidades na aplicação de recursos de convênio celebrado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e o Município de Angicos/RN. O relator considerou presentes elementos suficientes para a caracterização de fraude no Convite n.º 004/2004, que tinha por objeto a aquisição de veículo automotor de transporte coletivo, tipo micro-ônibus, zero quilômetro, com capacidade para 16 passageiros, destinado à condução diária de alunos matriculados no ensino fundamental. Primeiro, porque a confrontação das propostas indicou que, embora todas se referissem a micro-ônibus, os veículos não poderiam ter seus preços comparados entre si, pois cada um possuía uma série de acessórios diferenciados e, principalmente, motores com potências que variavam de 90 a 145 cavalos-vapor, ou seja, eram bens com nítido desnível de qualidade. Segundo, a proposta declarada vencedora, no preço de R$ 56.000,00, coincidia totalmente, inclusive nos centavos, com o valor total indicado no instrumento do convênio. Tal fato causava estranheza por se observar que o plano de trabalho do aludido ajuste apenas trazia definições genéricas do bem licitado, sem contemplar especificações como potência do motor e tipos de acessórios que deveriam ser incluídos. Terceiro, a coincidência entre os sócios de empresas licitantes afastava a real competitividade entre elas. Segundo o relator, *"a competitividade está associada à efetiva disputa entre as participantes do certame, contudo, o que se observa quando essas licitantes pertencem aos mesmos proprietários é que prevalece o interesse do grupo societário como um todo em detrimento dos interesses isolados de cada empresa, de tal forma que não há mais efetiva disputa entre essas empresas"*. No caso concreto, duas das três empresas participantes da licitação, realizada na modalidade convite, possuíam os mesmos sócios, o que indicava para o relator *"a existência de estreitos vínculos entre elas"*. Acolhendo a proposta do relator, o Plenário declarou a inidoneidade das empresas envolvidas para participar de licitação na Administração Pública Federal, pelo prazo de três anos. Precedente citado: Acórdão n.º 1.903/2006-Plenário. ***Acórdão n.º 140/2010-Plenário, TC-005.059/2009-4, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 03.02.2010***.

Convite formulado a sociedades que possuem os mesmos sócios: 2 - Fraude à licitação que enseja aplicação de multa aos membros da comissão de licitação e à autoridade que a homologou
Ainda em sua proposta de deliberação, destacou o relator que não havia como afastar a responsabilidade dos membros da comissão de licitação pela fraude identificada no Convite n.º 004/2004. Como órgão colegiado, todos os seus membros teriam o dever de zelar pelo interesse público e pelas normas legais, notadamente aquelas previstas na Lei n.º 8.666/1993. Para o relator, a responsabilidade deveria alcançar também o ex-prefeito do município, responsável pela homologação da licitação e adjudicação do objeto. Ante a comprovação de fraude no processo licitatório, deliberou o Plenário, acolhendo proposta do relator, no sentido de aplicar multa aos responsáveis. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 50/2006, 480/2007 e

2900/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 140/2010-Plenário, TC-005.059/2009-4, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 03.02.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Pregão para prestação de serviços de apoio: 1 - Proposta com preço inexequível

Em representação oferecida ao TCU, a empresa Tech Mix atacou o julgamento proferido no Pregão Eletrônico n.º 006/2008, realizado pelo Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur) e que tinha por objeto a prestação de serviços de apoio administrativo e operacional. Contra a decisão do pregoeiro que considerou a representante vencedora do certame, com proposta de R$ 164.673,41/mês, foram apresentados recursos por outros licitantes, alegando inexequibilidade e descumprimento do edital. A fim de subsidiar o exame das contra-razões apresentadas pela recorrida junto ao Embratur, foi solicitado parecer da Divisão de Contabilidade (Dicont), que se manifestou pela inexequibilidade do valor ofertado. A conclusão decorreu da verificação de que a proposta da vencedora era inferior a R$ 168.316,10/mês, que corresponderia ao valor de remunerações e encargos constantes da proposta, acrescido ao de tributos. Com base na planilha da Dicont, o pregoeiro recusou a proposta da Tech Mix, tendo sido o objeto do certame adjudicado a outra empresa. Em seu voto, considerou o relator válido o procedimento adotado pela área contábil do Embratur para verificar a exequibilidade de proposta. Para ele, *"não é exequível proposta com margem insuficiente para, após a retenção de tributos pela Administração, fazer frente às remunerações e encargos informados pelo licitante"*. Ao final, entendeu o relator ter sido correta a recusa da proposta da Tech Mix e, por consequência, improcedente a representação, no foi acompanhado pelos seus pares. ***Acórdão n.º 428/2010-1ª Câmara, TC-026.770/2008-3, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 02.02.2010***.

Pregão para prestação de serviços de apoio: 2 - Fixação de alíquotas em edital e regime de tributação

Outra suposta irregularidade levantada no Pregão Eletrônico n.º 006/2008-Embratur dizia respeito à fixação, no instrumento convocatório, de alíquotas de tributos sem levar em conta que tanto as bases de cálculo quanto as alíquotas poderiam ser alteradas de acordo com o regime de tributação. Conforme o item 5.9 do edital, *"Para a formação de TRIBUTOS e para fins de equalização das propostas, todas as licitantes deverão considerar, na apresentação da proposta de preços, os seguintes percentuais de impostos não cumulativos e contribuições: ISS=5%; PIS=1,65% e COFINS=7,6%, os quais totalizam 14,25%;"*. Em seu voto, ponderou o relator que, ao estabelecer, sob o pretexto de criar igualdade entre os licitantes, o percentual de 14,25% para os tributos em que se deveriam basear as propostas, o edital negou tratamento favorecido dispensado pela legislação às empresas de pequeno porte. Considerando, no entanto, (i) não ter havido impugnação aos termos do edital; (ii) estar o contrato com a vencedora do certame sendo executado de forma satisfatória; (iii) não ter sido apontada a existência de sobrepreço, superfaturamento ou indício de má-fé; (iv) que a interrupção dos serviços poderia acarretar prejuízos ao cumprimento dos objetivos institucionais da entidade, deliberou a Primeira Câmara, acompanhando a manifestação do relator, no sentido de determinar ao Embratur que antes de promover nova prorrogação contratual com base no inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, realize estudo detalhado para verificar se a manutenção da avença mostra-se vantajosa para a administração. ***Acórdão n.º 428/2010-1ª Câmara, TC-026.770/2008-3, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 02.02.2010***.

Seleção de OSCIPs por meio de concurso de projetos

Representação formulada ao TCU apontou supostas irregularidades na gestão de recursos públicos federais transferidos ao Estado da Paraíba para execução de programas na área da saúde, com destaque para a ausência de licitação na seleção de entidades parceiras (OSCIPs). Ao examinar o relacionamento entre a Ceneage (OSCIP) e a Prefeitura Municipal de Lagoa Seca/PB, fez a unidade técnica do TCU alusão ao Acórdão n.º 1.777/2005, em que teria sido formulada determinação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República para que *"avaliasse a inclusão em normativo próprio de dispositivo que obrigue a aplicação do critério de seleção de Oscip previsto no art. 23 do Decreto n.º 3.100/1999 em toda e qualquer situação"*. Nesse aresto, segundo a unidade técnica, o Plenário teria firmado entendimento no sentido de ser obrigatória a realização de procedimento licitatório para seleção de OSCIP. Ao contrário da conclusão a que chegou a unidade técnica, defendeu o relator que da leitura do Acórdão n.º 1.777/2005-Plenário, não se poderia extrair a compreensão de ser obrigatória a realização de licitação para seleção de OSCIPs com as quais o poder público virá a firmar termo de parceria visando à consecução de suas diversas atividades e programas. Para o relator, o aludido acórdão apenas teria aventado

a possibilidade de seleção de OSCIPs por meio de concurso de projetos, em consonância, portanto, com o conteúdo do art. 23 do Decreto n.º 3.100/99. ***Acórdão n.º 440/2010-1ª Câmara, TC-017.883/2007-0, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 02.02.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Prestação de serviços advocatícios: 1 - Parcelamento do objeto e definição da modalidade licitatória

É irregular o fracionamento de despesas sem a manutenção da modalidade licitatória cabível, devendo o agente público atentar para que o objeto da compra, da obra ou do serviço seja sempre definido em sua totalidade. Com base nesse entendimento, a Segunda Câmara negou provimento a recurso de reconsideração interposto pelo Presidente do CREA/CE contra o Acórdão n.º 2.744/2006, proferido em sede de tomada de contas especial e que as julgou irregulares, sem prejuízo da cominação de multa ao responsável. Entre as irregularidades perpetradas no âmbito do CREA/CE, identificou-se o fracionamento indevido de licitação. Isso porque em 26/2/2003, a autarquia teria efetuado três contratações com um único escritório de advocacia, vencedor dos três convites realizados em municípios diferentes, e todos envolvendo o mesmo objeto (prestação de serviços de cobrança administrativa e judicial das anuidades de pessoas físicas e jurídicas e de multas decorrentes de infrações). Para o relator, não havia como descaracterizar a irregularidade, uma vez que somados os valores das contratações chegava-se a um montante total de R$ 120.000,00 (R$ 20.000,00 + R$ 80.000,00 + R$ 20.000,00), o qual justificaria a adoção da modalidade tomada de preços. E calcando-se no teor do § 2º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, afirmou: *"mesmo que a entidade optasse por dividir a contratação, teria que preservar a modalidade de licitação pertinente para o total das contratações do exercício com o mesmo objeto"*. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 313/2000-2ª Câmara, 125/2000-Plenário, 88/2000-2ª Câmara, 93/99-1ª Câmara, 85/99-Plenário, 258/95-1ª Câmara e 45/93-Plenário. ***Acórdão n.º 335/2010-2ª Câmara, TC-004.418/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 02.02.2010***.

Prestação de serviços advocatícios: 2 - Contratação direta por inexigibilidade de licitação

No que concerne à contratação de advogado por notória especialização, sem a realização de prévio procedimento licitatório, muito embora fosse *"louvável a preocupação do gestor no sentido de evitar prejuízos advindos de ação trabalhista movida pelo Sindicato da Categoria – SINDSCOCE"*, concluiu o relator inexistir *"razoabilidade na contratação com base no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93"*, defendendo, por isso, a manutenção do acórdão recorrido em seus exatos termos. Ponderou que uma cidade do porte de Fortaleza teria, certamente, grandes causídicos habilitados na área trabalhista interessados em participar da competição, caso esta tivesse sido aberta pela administração do CREA/CE. Como o valor da contratação foi de R$ 60.000,00, enfatizou o relator que a modalidade de licitação adotada poderia ter sido o convite, à luz do art. 23, II, da Lei n.º 8.666/93, permitindo-se assim ampliar o universo de candidatos e, por conseguinte, obter maior economicidade na contratação. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 116/2002-Plenário, 740/2004-Plenário e 457/2002-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 335/2010-2ª Câmara, TC-004.418/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 02.02.2010***.

Exigência de cadastramento no SICAF como condição de habilitação

Representação formulada ao TCU apontou indícios de irregularidades na Tomada de Preços n.º 007/2005, realizada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), destinada à contratação de empresa para prestação de serviços de transporte internacional de cargas fracionadas. Entre as supostas irregularidades indicadas pela representante, mereceu destaque a exigência de prévio cadastramento no Sistema Integrado de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) como condição para participação na tomada de preços. Considerando o entendimento pacífico do Tribunal de que tal exigência contraria o disposto no art. 3°, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, deliberou a Segunda Câmara, acolhendo proposição do relator, no sentido de determinar à UFRGS que nas suas futuras licitações, deixe de incluir em editais *"dispositivo que somente possibilite a habilitação de licitantes previamente cadastrados no SICAF, por falta de amparo legal"*. Precedente citado: Acórdão n.º 36/2005-Plenário. ***Acórdão n.º 330/2010-2ª Câmara, TC-020.027/2005-2, rel. Min. José Jorge, 02.02.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 9 e 10 de fevereiro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Experiência junto à administração pública como fator de pontuação técnica em licitação cujo objeto é a prestação de serviços advocatícios
É razoável a atribuição de pontos aos escritórios de advocacia que tenham experiência junto à administração pública, tendo em vista a natureza dos serviços a serem prestados ao Conselho Regional de Biomedicina/SP, que, como toda pessoa jurídica de direito público, goza de prerrogativas processuais e poderes estranhos aos entes privados. Todavia, em se tratando de serviços de informática, é irrelevante, para fim de comprovação de experiência, saber se eles foram prestados para organizações governamentais ou para entidades privadas. Com base nesse entendimento, o Tribunal negou provimento a pedido de reexame interposto contra o

Acórdão n.º 151/2009-Plenário, por meio do qual foi considerada improcedente representação formulada pela ora recorrente apontando possíveis irregularidades no edital da Concorrência n.º 01/2008, lançada pelo Conselho Regional de Biomedicina/SP, tendo por objeto a prestação de serviços advocatícios. Em seu voto, o relator destacou que, ao interpretar a norma que veda a imposição de restrições ao caráter competitivo nos atos de convocação (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93), Marçal Justen Filho (**in** *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 3ª ed. Aide Editora, 1994, p. 36) sustenta que *"o dispositivo não significa vedação a cláusulas restritivas da participação"*. Nesse sentido, segundo o autor, *"se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão"*. Especificamente sobre o Acórdão n.º 3.556/2008-2ª Câmara, mencionado pela recorrente, envolvendo a contratação de serviços advocatícios pelo Conselho Federal de Psicologia, frisou o relator que, diferentemente do processo em tela, naquele caso o Tribunal entendeu que houve restrição da competitividade, porque foram atribuídos pontos somente às licitantes que comprovassem a prestação de serviços jurídicos junto aos conselhos de fiscalização profissional, não abrangendo outros órgãos ou entidades da administração pública, o que não se justifica, tendo em vista que os Conselhos têm as mesmas prerrogativas processuais das demais pessoas jurídicas de direito público. Quanto ao Acórdão n.º 2.681/2008-Plenário, também citado pela recorrente, concluiu o relator ter havido favorecimento ao se atribuir elevado diferencial de pontuação às empresas que anteriormente prestaram serviço em empresas públicas federais e, sobretudo, àquelas que já tinham atuado em matéria relacionada com o objeto finalístico da Companhia Nacional de Abastecimento – Superintendência Regional de Goiás, em detrimento das que haviam atuado junto a outros órgãos/entidades da administração pública e em outras matérias. Após enfatizar que *"tais casos não servem de subsídio para que se afirme que a jurisprudência deste Tribunal considera que seja irregular o estabelecimento de critérios diferenciados de pontuação, conforme se comprove experiência junto ao setor privado ou público"*, arrematou quanto ao caso concreto: *"as licitantes com experiência apenas junto a entidades privadas não foram excluídas do certame, podendo inclusive vir a ser contratadas, seja por terem obtido melhor pontuação em outros quesitos, seja por terem apresentado menor preço"*. ***Acórdão n.º 206/2010-Plenário, TC-001.108/2009-2, rel. Min. Valmir Campelo, 10.02.2010***.

Momento adequado para apresentação, pelo licitante vencedor, de licenças sanitária e ambiental

O Plenário referendou cautelar deferida pelo relator que determinou à Fundação Universidade do Amazonas que suspendesse o Pregão Eletrônico n.º 92/2009, cujo objeto era a *"contratação de empresa especializada na prestação de serviços gerais, limpeza e conservação, jardinagem, capina, poda e corte de árvores de grande porte, realizados de forma continuada, nas unidades do* ***campus*** *universitário [...]"*. Entre as possíveis irregularidades suscitadas na representação formulada ao TCU, mereceu destaque o fato de que, nada obstante o edital ter previsto que as exigências constantes do seu item 12.9 ("Licença de Funcionamento da Vigilância Sanitária" e "Licença de Operação Ambiental") estariam adstritas ao licitante vencedor, tais requisitos teriam sido decisivos para inabilitar a representante e uma outra empresa que acudiu ao certame, as quais teriam ofertado preços significativamente menores que o orçado pela administração. Para o relator, a fumaça do bom direito estaria caracterizada pela violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, insculpidos no art. 3º da Lei n.º 8.666/93 e no art. 5º do Decreto n.º 5.450/2005. A exigência, em si, não representaria restrição ao caráter competitivo do certame, uma vez que se tratava de obrigação cabível somente à futura contratada, em consonância com o art. 20, § 1º, da IN/SLTI n.º 2/2008, cujo teor é o seguinte: "*Art. 20. [...] § 1º Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só serão devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno."*. De acordo com o relator, o perigo na demora decorre da iminência de assinatura do contrato resultante do pregão. Além disso, a possibilidade de prorrogação da contratação por até 60 meses aponta *"para que o eventual prejuízo ao erário"* seja *"de difícil reparação"*. ***Decisão monocrática no TC-001.597/2010-8, rel. Min. Augusto Nardes, 10.02.2010***.

Exigência restritiva ao caráter competitivo da licitação

Representação formulada ao TCU levantou supostas irregularidades em licitação promovida pela Eletronorte, cujo objeto era a locação de unidades geradoras em Rio Branco/AC. Entendeu o relator não ter sido apresentada justificativa razoável para a fixação do prazo de 60 dias, após a assinatura do contrato, para início da operação comercial da Etapa I, prazo considerado exíguo para as providências pertinentes à importação dos equipamentos necessários à execução do contrato. Na prática, enfatizou o relator, a exigência implicara privilégio àquelas empresas que dispunham dos equipamentos previamente, em prejuízo à ampla

competição do certame, violando assim o disposto no art. 3º, I, da Lei n.º 8.666/93. A corroborar sua assertiva, ressaltou que 21 empresas interessadas retiraram o edital da licitação, mas apenas 3 participaram do certame, *"sendo que somente duas foram habilitadas à fase de proposta de preço"*. Acompanhando a manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de aplicar multa ao ex-Diretor de Gestão Corporativa da Eletronorte, responsável pela irregularidade. ***Acórdão n.º 186/2010-Plenário, TC-018.791/2005-4, rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.02.2010***.

Pregão e serviço comum na área de TI

Representação oferecida ao Tribunal indicou irregularidades supostamente existentes no âmbito do Pregão Eletrônico para Registro de Preços n.º 57/2009, sob a condução do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, objetivando a "*contratação de empresas para reestruturação da rede local do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) nas suas unidades regionais, de modo a adequar as redes às novas tecnologias, com base em levantamentos e projetos elaborados pelo Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro, durante período de 12 meses, a partir da data de assinatura da ata no Sistema de Registro de Preço, conforme especificações e estimativas de consumo, condições e exigências para fornecimentos constantes nos anexos do termo de referência"*. Quanto à alegação de que a modalidade licitatória escolhida – pregão – mostrava-se incompatível com a natureza do serviço a ser executado, entendeu o relator, com a anuência do Plenário, que *"ainda que os serviços objeto da licitação possam sugerir, **a priori**, certa complexidade, não há óbices para que sejam enquadrados como serviços comuns, eis que pautados em especificações usuais de mercado e detentores de padrões objetivamente definidos no edital"*. ***Acórdão n.º 188/2010-Plenário, TC-029.558/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.02.2010***.

Pregão para prestação de serviços de teleatendimento: 1 - Salário inserido na proposta abaixo do mínimo legal

Representação formulada ao TCU atacou o julgamento do Pregão Eletrônico n.º 13/2009, realizado pela Coordenação Geral de Licitações e Contratos (CGLC) do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando a contratação de empresa de teleatendimento. Conforme relatado pela representante, a planilha de preços apresentada pela licitante vencedora contemplava salários para operadores, compatíveis com os limites vigentes em dezembro de 2009, mas inferiores ao mínimo legal válido a partir de janeiro de 2010. Segundo ela, apesar de a licitação ter ocorrido no final de dezembro de 2009, a assinatura do contrato e o início de sua execução estavam previstos para o ano de 2010. Considerando que *"por ocasião da realização do pregão, já era de amplo conhecimento o novo valor do salário mínimo que iria viger a partir de janeiro de 2010"*, não se justificaria, para o relator, *"a aceitação de planilha de preços com preços defasados, referentes a 2009, porque tal situação poderia conduzir a reivindicações de reajustes do valor do contrato antes mesmo do início de sua execução"*. Acolhendo proposta do relator, decidiu o Plenário fixar prazo para o pregoeiro do INSS apresentar suas justificativas. ***Acórdão n.º 193/2010-Plenário, TC-002.328/2010-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.02.2010***.

Pregão para prestação de serviços de teleatendimento: 2 - Tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte

Outra possível irregularidade identificada no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 13/2009, promovido pela CGLC/INSS, seria o tratamento privilegiado dado à empresa declarada vencedora do certame, benefício concedido pelo Decreto n.º 6.204/2007 somente às microempresas ou empresas de pequeno porte. Isso possibilitou que ela lograsse êxito no certame mediante lance de desempate, inferior apenas em um centavo à melhor oferta válida, obtida durante a fase normal de lances. Para a unidade técnica que atuou no feito, existiriam sérias dúvidas se a licitante vencedora poderia ser enquadrada como microempresa por ocasião do pregão, principalmente em face da constatação de que a Receita Federal excluiu-a do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional) em outubro de 2008, o que poria em suspeita a validade de seu lance de desempate. Entendeu o relator estarem presentes os fundamentos jurídicos e de urgência para adoção de cautelar no sentido de determinar ao INSS que suspendesse todos os procedimentos relativos à execução do contrato firmado com a empresa vencedora do aludido certame, até que o Tribunal venha a deliberar sobre o mérito da matéria, sem prejuízo da realização de diligência junto à Receita Federal do Brasil para que informe acerca da situação da empresa vencedora, discorrendo especificamente sobre: a) modalidade (se via comunicação ou de oficio) e data de eventual desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, à luz do disposto na Lei Complementar n.º 123/2006; e b) data a partir da qual a empresa factualmente não poderia mais ter

desfrutado do tratamento favorecido concedido pelo Decreto n.º 6.204/2007. O Plenário acolheu a proposição do relator. ***Acórdão n.º 193/2010-Plenário, TC-002.328/2010-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.02.2010***.

Contratação de serviços: 1 - Alteração quantitativa e incidência do limite legal sobre o preço global
Ao examinar a prestação de contas do Serviço Social da Indústria – Departamento Nacional (SESI/DN), relativa ao exercício de 2005, a unidade técnica que atuou no feito identificou possível irregularidade concernente à assinatura de termo aditivo, por meio do qual o valor inicialmente previsto no ajuste teria sido majorado em cerca de 56%, contrariando o art. 30 do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI, que prevê a possibilidade de alteração do valor contratual em até 25% para serviços. Em seu voto, ressaltou o relator que o contrato celebrado decorreu da Concorrência Conjunta n.º 5, que tinha por objeto a prestação de serviços de publicidade e comunicação para a Confederação Nacional da Indústria (CNI), o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Departamento Nacional (SENAI/DN), o Instituto Euvaldo Lodi (IEL) e o próprio SESI/DN. Cada uma das entidades citadas possuía uma previsão de cota de despesa a ser utilizada, sendo o valor global do contrato de R$ 10.947.587,00, assim distribuídos: R$ 3.200.000,00 para o SESI/DN; R$ 4.400.000,00 para a CNI; R$ 3.131.903,00 para o SENAI/DN; e R$ 215.684,00 para o IEL. O que teria ocorrido, na verdade, foi que o SESI/DN, por meio de termo aditivo, majorou o valor de sua cota de R$ 3.200.000,00 para R$ 5.326.524,41, implicando, dessa maneira, acréscimo de 56% no valor inicialmente previsto para aquela entidade. De acordo com o relator, o valor global do contrato em análise não teria ultrapassado os R$ 10.947.587,00 inicialmente previstos. Para ele, não era razoável adotar o entendimento de que cada entidade participante da concorrência conjunta celebrara, individualmente, um contrato com a empresa vencedora do certame. O ajuste, enfatizou o relator, *"não tratou de quatro contratações separadas, mas sim de uma só avença, com valor global definido, e que não foi, sequer, majorado"*. Nesse sentido, *"A opção pelo remanejamento das cotas que cabia a cada uma das entidades constitui-se opção discricionária dos gestores"*, não havendo como o Tribunal imiscuir-se em tal seara. Não restou, portanto, a seu ver, caracterizada ofensa ao art. 30 do RLC/SESI, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 197/2010-Plenário, TC-015.817/2006-7, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 10.02.2010***.

Contratação de serviços: 2 - Inviabilidade de competição em decorrência de direitos autorais
Ainda no âmbito da prestação de contas do SESI/DN, foi identificada pela unidade técnica suposta irregularidade atinente à contratação, por inexigibilidade de licitação, de empresa para a *"criação do conteúdo intelectual de cada edição da revista SESInho, incluindo personagens, ilustrações, arte final e editoração eletrônica, com o fornecimento de CD-ROM gravado para utilização nos trabalhos de impressão gráfica, correspondendo a 12 (doze) edições, com início em janeiro de 2006."*. Ao contrário do que defendia a unidade técnica, ressaltou o relator que *"a contratação em análise não teve por escopo a impressão e distribuição, mas, apenas, a criação do conteúdo intelectual da revista SESInho"*. Para o relator, o afastamento da licitação justificava-se em função de a contratada possuir exclusividade no traço de personagens que vinham sendo utilizados de longa data, com elevada aceitação, sobretudo pelas crianças. Como disposto no sítio eletrônico do SESI, *"o objetivo principal da revista SESInho é a disseminação de diferentes temas da educação – geografia, atualidades, saúde e ética – mediante a apresentação de comportamentos corretos dos personagens diante de certas situações"*. Assim, de forma efetiva, caso decidisse contratar outra empresa para a criação do conteúdo intelectual da revista, mantendo-se os mesmos personagens, a entidade estaria quebrando regras de proteção de direitos autorais salvaguardadas por lei, o que daria ensejo a demandas judiciais indesejáveis. Concluiu o relator, com a anuência do Pleno, ter ficado evidenciada a inviabilidade de competição, condição **sine qua non** para o afastamento da licitação. ***Acórdão n.º 197/2010-Plenário, TC-015.817/2006-7, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 10.02.2010***.

Licitação para execução de obra: 1 - Composição do BDI
Representação oferecida ao TCU levantou supostas irregularidades em convênio celebrado entre o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (Dnit) e o Município de Maringá/PR. Em consequência, foi realizada inspeção na Superintendência Regional do Dnit no Estado do Paraná, tendo sido apontado sobrepreço no orçamento e nos contratos celebrados, relacionados à elaboração de projetos e à execução das obras do prolongamento do rebaixamento da linha férrea da cidade de Maringá/PR. Especificamente quanto ao BDI adotado, constatou-se a existência de parcelas indevidas em sua composição, em desacordo com a jurisprudência do Tribunal, a saber: (i) administração local, instalação de canteiro e acampamento, e mobilização e desmobilização; (ii) parcela a título de CSLL (Contribuição Social sobre o

Lucro Líquido); e (iii) equipamentos de pequeno porte, ferramentas, e equipamentos de proteção individual (EPI's). Em sede de cognição sumária, identificou o relator a presença dos requisitos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora** para o provimento cautelar, *"de modo a prevenir a continuidade de possíveis prejuízos aos cofres públicos, pelo pagamento de serviços com preços supostamente acima dos de mercado"*. Nesse sentido, o Plenário, acolhendo proposição do relator, determinou ao Dnit que, até ulterior deliberação do TCU, se abstenha de repassar recursos ao Município de Maringá/PR no âmbito do referido convênio. Exarou-se também determinação àquela municipalidade para que se abstenha de efetuar pagamentos referentes aos contratos celebrados, com recursos federais, até que o TCU se manifeste sobre o mérito da matéria. Por fim, decidiu o Plenário informar ao Dnit e à Prefeitura Municipal de Maringá/PR que, alternativamente à suspensão dos repasses financeiros e dos pagamentos deles decorrentes, *"poder-se-á converter a solução de continuidade dos empreendimentos em reforço das garantias prestadas aos contratos, as quais ficarão retidas até posterior ordem de liberação por esta Corte, devendo-se informar ainda que, caso seja do interesse das empresas contratadas, poderão ser aceitas, em substituição às retenções cautelares dos valores apurados como sobrepreço, as garantias previstas no art. 56, § 1º, da Lei n.º 8.666/93"*, para assegurar o resultado da apuração em curso no TCU acerca de eventual dano ao erário. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.596/2006, 325/2007 e 2.469/2007, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 189/2010-Plenário, TC-000.543/2008-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 10.02.2010***.

Licitação para execução de obra: 2 - Possibilidade de incluir, no mesmo objeto, a elaboração do projeto de engenharia e a prestação dos serviços de supervisão

No caso de se licitar, em um mesmo certame, o projeto de engenharia e os serviços de supervisão, deve ser explicitada, no instrumento convocatório, a obrigatoriedade da apresentação de propostas distintas, com cláusula expressa prevendo a indicação das condições e preços de cada um dos serviços. Com base nesse entendimento, defendeu o relator que, não obstante o ato convocatório visando à *"contratação da empresa de consultoria para elaboração do projeto executivo de engenharia do remanejamento da via férrea no perímetro urbano de Maringá"* fazer expressa menção acerca da possibilidade de supervisão e acompanhamento das obras, não era possível concluir que a licitante que viesse a ser contratada para a confecção do projeto executivo *"seria considerada habilitada, também, para executar os serviços de supervisão, acompanhamento dos trabalhos e controle de qualidade da construção"*. Ressaltou ainda que, a teor do disposto na Súmula TCU n.º 185, ao autor do projeto não é garantido o direito subjetivo de ser contratado para os serviços de supervisão da obra respectiva, sendo admissível incluir no objeto das licitações a serem realizadas para a elaboração de projetos de obras e serviços de engenharia, com expressa previsão no ato convocatório, a prestação de serviços de supervisão ou acompanhamento da execução, *"mediante remuneração adicional, aceita como compatível com o porte e a utilidade dos serviços"*. Ao final, o relator acompanhou a conclusão da unidade técnica, para a qual *"haja vista o instrumento convocatório não dispor em tal sentido, não houve apresentação de proposta concomitante ao primeiro certame, motivo pelo que se caracterizou contratação direta ilícita"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 190/2001, 1.353/2003, 1.536/2004 e 1.824/2006, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 189/2010-Plenário, TC-000.543/2008-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 10.02.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Exigência de experiência técnica da licitante em itens que não têm relevância e valor significativo em relação ao total da obra

Representação formulada ao TCU versava sobre possíveis ilegalidades no Pregão Eletrônico n.º 125/2008, realizado no âmbito da Fundação Universidade Federal do ABC (UFABC), destinado à contratação de empresa especializada para a prestação de serviços técnicos em engenharia consultiva de gerenciamento geral, apoio técnico, fiscalização de projetos e obras para a construção do campus da UFABC, em São Bernardo do Campo. Entre as supostas irregularidades, a representante indicou a decisão pela sua inabilitação em razão da não apresentação de certidões quanto à implantação de sistemas de informações gerenciais e à implantação de gestão de controle de qualidade, itens pouco relevantes dentro do escopo do objeto licitado. O relator reforçou a manifestação da unidade técnica que atuou no feito, a qual, embora reconhecendo a importância de uma empresa possuir meios (conhecimento, tecnologia equipamentos e programas informatizados) que a tornem mais competitiva, a ponto de refletir nos seus custos, e consequentemente, na oferta de preços menores, ponderou que a obrigatoriedade de a empresa possuir tais meios não deveria ser aceita, uma vez que *"o importante para o serviço de fiscalização de obra, objeto da*

licitação, é que os dados sejam fornecidos com a acurácia suficiente para medir fielmente a evolução das obras e que seja feito o gerenciamento dos projetos de acordo com o realizado.”. Tendo em vista que o contrato já havia sido celebrado e que as demais licitantes seriam inabilitadas por outros critérios previstos no edital, deliberou a Primeira Câmara, acolhendo proposição do relator, no sentido de determinar à UFABC que, em futuros certames envolvendo a utilização de recursos federais, abstenha-se de exigir experiência técnica da empresa licitante em itens que não sejam de maior relevância e valor significativo, cumulativamente, em relação ao total da obra, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, dos arts. 3º, § 1º, I, e 30, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93, *“bem como em qualquer outro serviço que contenha especificação ou detalhamento irrelevante para a qualificação técnica, ou seja, que não exija conhecimento e capacitação técnicos diferenciados, não usuais e infungíveis”*. ***Acórdão n.º 565/2010-1ª Câmara, TC-001.217/2009-7, rel. Min. Augusto Nardes, 09.02.2010***.

Contratações com indícios de irregularidades: 1 - Situações que exigem termo de contrato
Nas contas da 1ª Superintendência de Polícia Rodoviária Federal (SPRF/GO) referentes ao exercício de 2003, foram identificadas supostas irregularidades, entre elas a falta de formalização de termo contratual para a prestação dos serviços de manutenção das motocicletas. Os gestores alegaram não haver necessidade de termo de contrato em razão do baixíssimo índice de utilização (escoltas e rondas) e das pequenas manutenções realizadas por dois usuários policiais, alegações que, segundo o relator, vieram desacompanhadas dos respectivos documentos comprobatórios. Em sua proposta de deliberação, destacou o relator que como regra, *“a Lei n.º 8.666/93 exige que os contratos e suas modificações sejam elaborados pelos órgãos ou entidades da administração por escrito, isto é, de forma solene, sendo o termo contratual obrigatório nos casos de tomada de preços, concorrência; na dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades tomada de preços e concorrência; e nas contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras (art. 62,* ***caput*** *e § 4º, da Lei n.º 8.666/93)”*. Noutras hipóteses, acrescenta, o termo contratual é facultativo, podendo ser substituído pelos instrumentos hábeis, a saber: carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (art. 62, **caput**, da Lei n.º 8.666/93). A seu ver, também se pode *“dispensar o termo de contrato nas compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, das quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor e da modalidade licitatória realizada (art. 60, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/1993)”*. Acolhendo proposta do relator, deliberou a Primeira Câmara no sentido de determinar à SPRF/GO que formalize seus contratos nos casos de tomada de preços e concorrência, bem assim na dispensa ou inexigibilidade de licitação cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades tomada de preços e concorrência, e nas contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras, de acordo com os comandos do art. 62, **caput** e § 4º, Lei n.º 8.666/93. ***Acórdão n.º 589/2010-1ª Câmara, TC-032.806/2008-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.02.2010***.

Contratações com indícios de irregularidades: 2 - Inexigibilidade de licitação para prestação de serviços com exclusividade
Outra possível irregularidade identificada nas contas da SPRF/GO foi a contratação de serviços de telefonia celular mediante inexigibilidade de licitação. Os gestores afirmaram que o contrato, à época, firmado com a Telegoiás Celular (Brasil Telecom), ocorreu devido à ausência de competição no mercado, uma vez que a outra operadora existente, a Americel (atual Claro), não abrangia todos os municípios jurisdicionados e sua cobertura era deficiente ao longo das rodovias federais. Também aduziram que o procedimento havia contado com a anuência da assessoria jurídica. Em sua proposta de deliberação, destacou o relator que embora não houvesse nos autos prova cabal da inviabilidade de competição nesse nicho de mercado, *“a justificativa trazida ao descortino do Tribunal pode ser acolhida, haja vista que consta do processo a Informação CJ n.º 103/2002 da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça a qual registra a inexistência de outra operadora no Estado de Goiás que abrangesse todos os locais em que a PRF necessitaria exercer suas atividades”*. Considerando ainda que o valor anual estimado para a aludida contratação seria de R$ 3.600,00, evidenciando assim a baixa materialidade da avença, restaria afastada a sobredita irregularidade. A Primeira Câmara acolheu a manifestação do relator. ***Acórdão n.º 589/2010-1ª Câmara, TC-032.806/2008-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.02.2010***.

Contratações com indícios de irregularidades: 3 - Fracionamento de despesas
O fracionamento é prática vedada pelo § 5º do art. 23 da Lei n.º 8.666/93. Caracteriza-se pela divisão da despesa com o propósito de utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela lei para a totalidade

dos gastos *"ou para efetuar dispensas de certame, ocasionando contratações diretas sem disputa"*. As licitações deflagradas ao longo do exercício financeiro, com vistas a um mesmo objeto ou finalidade, devem contemplar a modalidade de licitação *"correspondente ao conjunto do que deveria ser contratado"*. Com base nesse entendimento, o relator considerou presente, na gestão da SPRF/GO, irregularidade envolvendo fracionamento de despesas. No caso concreto, teria havido parcelamento de gastos com a aquisição de material de informática e com a contratação de serviços de reforma de rede elétrica mediante o uso de dispensas de licitação para atender a postos policiais localizados em diversos municípios do Estado, contemplando valores individuais abaixo de oito mil e de quinze mil reais, respectivamente. Considerando que os valores envolvidos eram de baixa representatividade, decidiu a Primeira Câmara expedir tão somente determinações corretivas à SPRF/GO. ***Acórdão n.º 589/2010-1ª Câmara, TC-032.806/2008-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.02.2010***.

Contratações com indícios de irregularidades: 4 - Pagamento antecipado
No âmbito dos contratos administrativos, é defeso realizar pagamentos anteriores à prestação dos serviços sem que tal procedimento seja tecnicamente justificável e que esteja previsto no instrumento convocatório, nos termos do art. 38 do Decreto n.º 93.872/86, c/c os arts. 62 e 63 da Lei n.º 4.320/64 e art. 65, II, "c", da Lei n.º 8.666/93. Com base nesse entendimento, o relator entendeu presente irregularidade suscitada na gestão da SPRF/GO a respeito de pagamentos antecipados em contrato de prestação de serviços de vigilância armada. Foi apurado que apenas três pagamentos mensais se deram de forma antecipada em dois, quatro e seis dias em relação ao prazo final de prestação dos correspondentes serviços, razão por que o relator propôs tão somente a expedição de determinação ao órgão, de modo a evitar tais práticas, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 589/2010-1ª Câmara, TC-032.806/2008-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.02.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Pregão para contratação de serviços: 1 - Exigência de habilitação sem respaldo legal
Representação formulada ao Tribunal indicou a existência de supostas irregularidades praticadas pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 02/2009, destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de portaria. A primeira delas dizia respeito à exigência editalícia de *"Declaração relativa ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, na Lei nº 9.854, de 27.10.99, regulamentada pelo Decreto nº 4.358/02, que versa sobre a proibição de trabalho noturno, perigoso e insalubre aos menores de 18 anos e qualquer trabalho a menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos, acompanhada das certidões de ilícito e infrações trabalhistas fornecidas pelo Ministério do Trabalho, demonstrando que não infringem a legislação de proteção à criança e ao adolescente, nos termos do inciso I do art. 27 da Lei nº 8.666/93."*. Acolhendo o entendimento da unidade técnica que atuou no feito, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu expedir determinação à Fiocruz para que, em futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se de fazer exigências que restrinjam o caráter competitivo do certame, dissonantes da jurisprudência do TCU, *"haja vista não haver amparo legal para se exigir que os licitantes apresentem certidão negativa de débito salarial e certidão negativa de infrações trabalhistas"*. Precedente citado: Acórdão n.º 697/2006-Plenário. ***Acórdão n.º 434/2010-2ª Câmara, TC-007.521/2009-3, rel. Min. Aroldo Cedraz, 09.02.2010***.

Pregão para contratação de serviços: 2 - Qualificação técnico-profissional e conceito de "quadro permanente", previsto no art. 30, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93
Outra possível irregularidade suscitada pela representante envolvia a exigência editalícia de que *"A licitante vencedora comprovará possuir em seu quadro permanente na data prevista para a entrega dos documentos, profissional(is) de nível superior devidamente reconhecido(s) pela entidade competente (CRA), detentor(es) de atestado(s) ou certidão(ões) de Acervo Técnico, devidamente registrado(s) no CRA da região onde os serviços foram executados (...)."*. Sobre o tema lembrou o relator o conteúdo do subitem 9.2.2.3 do Acórdão n.º 727/2009, por meio do qual o Plenário determinou ao Secretário-Executivo do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior que, nos futuros procedimentos licitatórios realizados pelo órgão, *"abstenha-se de exigir do licitante a comprovação de possuir no quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional habilitado detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes ao do objeto a ser licitado, admitindo a possibilidade de comprovação do vínculo do responsável técnico também por meio de contrato de prestação*

de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum”. Segundo a unidade técnica que atuou no feito, *“tal exigência impõe um ônus desnecessário às empresas, na medida em que seriam obrigadas a manter entre seus empregados um número muito maior de profissionais ociosos, sob pena de inabilitação”*. Acompanhando proposição do relator, deliberou a Segunda Câmara no sentido de expedir determinação corretiva à Fiocruz em relação aos futuros procedimentos licitatórios realizados pela entidade. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1547/2008 e 727/2009, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 434/2010-2ª Câmara, TC-007.521/2009-3, rel. Min. Aroldo Cedraz, 09.02.2010***.

Pregão pra contratação de serviços: 3 - Exigências desarrazoadas e nulidade da licitação

Ainda em seu voto, destacou o relator que no caso do Pregão Eletrônico n.º 02/2009, da Fiocruz, *“a afronta aos princípios da ampla competitividade e da economicidade se robustece se for considerada a provável não participação de outras empresas em decorrência dessas exigências desarrazoadas”*. Destarte, deveria, a seu ver, ser reconhecida a nulidade do edital da licitação e, consequentemente, do contrato dela decorrente. Com base nesse entendimento, deliberou a Segunda Câmara no sentido de fixar prazo de 60 dias para a Fiocruz adotar *“as providências necessárias à anulação do Contrato 022/2009-Dirac, celebrado com a Empresa Espaço Consultoria de Recursos Humanos Ltda., ressalvada a hipótese de, uma vez realizado novo certame licitatório livre das irregularidades ora constatadas, seja declarada vencedora proposta que contemple preço superior ao atualmente praticado no âmbito do contrato firmado com a empresa Espaço Consultoria de Recursos Ltda.”*. A ressalva encontrava respaldo no voto do próprio relator, para o qual *“a hipótese ora suscitada quanto à manutenção do Contrato 022/2009 se fundamenta nos princípios da racionalidade administrativa e da economia processual, assentes na possibilidade de se alcançar o mesmo resultado – contratação da empresa Espaço Consultoria de Recursos Ltda. pelo preço atualmente praticado – mediante dispensa de licitação respaldada no art. 24, inciso VII, da Lei 8.666/1993”*. ***Acórdão n.º 434/2010-2ª Câmara, TC-007.521/2009-3, rel. Min. Aroldo Cedraz, 09.02.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 23 e 24 de fevereiro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Exigência de que o produto a ser fornecido atenda a normas de proteção ambiental
O relator comunicou ao Plenário haver determinado à Secretaria de Estado de Esporte, Turismo e Lazer do Acre, por medida cautelar, que se abstivesse de utilizar recursos de origem federal, transferidos mediante convênio, para a aquisição dos bens de que trata o item 8 do Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 235/2009 (*“Estação de Trabalho Padrão - Processador”*). Entre as possíveis irregularidades suscitadas na representação formulada ao TCU, e que justificaram a adoção do provimento cautelar, destacava-se a exigência editalícia de comprovação, por parte do licitante, de que o equipamento estaria em conformidade com a *“norma EPEAT, na categoria GOLD”*, o que, em síntese, demonstraria que o equipamento atendia a normas internacionais de proteção ambiental. Para a representante, a aludida exigência técnica era restritiva à competitividade do certame. Em seu despacho, considerou o relator *“louvável a preocupação dos gestores em contratar empresas que adotem em seus processos produtivos práticas responsáveis ambientalmente”*. No entanto, para ele, *“a adoção dessas restrições ambientais deve se dar paulatinamente, de forma que os agentes do mercado possam se adaptar a essas novas exigências antes delas vigorarem plenamente. Caso contrário, estar-se-ia criando uma reserva de mercado para as poucas empresas que cumprirem de antemão essas exigências, implicando violação ao princípio constitucional da livre concorrência, maiores custos e reduzidas ofertas de produtos*”. No caso concreto, o reduzido número de empresas aptas a preencher o requisito ambiental editalício (em torno de três), acabaria, em princípio, *“por reduzir excessivamente a competitividade do certame”*. Esse fato indicava que a exigência, *“ao menos no presente momento, é desarrazoada”*. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-003.405/2010-9, rel. Min. Benjamin Zymler, 24.02.2010***.

Legitimidade da contratação emergencial que resulta da falta de planejamento do agente público
Ao apreciar pedidos de reexame interpostos contra o Acórdão n.º 932/2008-Plenário, deliberou o colegiado, acompanhando proposição do relator, no sentido de dar-lhes provimento para tornar insubsistentes as multas

aplicadas aos responsáveis em face de irregularidades constatadas em licitações conduzidas pelo Instituto Nacional do Câncer (Inca/RJ), visando à contratação de serviços especializados de lavanderia. Destacou o relator que as irregularidades pelas quais os responsáveis foram sancionados *"podem se resumir na suposta negligência em regularizar a contratação de serviços especializados de lavanderia, o que teria resultado na contratação emergencial desses serviços em desacordo com o previsto no art. 24, inciso IV, da Lei n. 8.666/93"*. Em seu voto, deixou assente que não se poderia desconsiderar o esforço da administração do Inca/RJ em regularizar a contratação desses serviços especializados de lavanderia, já que, de dezembro de 2000, quando expirou a vigência do contrato anteriormente celebrado, até o exercício de 2003, teriam sido abertos quatro processos de licitação com vistas à contratação de tais serviços, sem que, contudo, obtivessem êxito, por motivos que não estavam diretamente relacionados às competências dos cargos que os responsáveis ocupavam à época, respectivamente Coordenadora de Administração e Diretor-Geral. De acordo com os elementos constantes dos autos, *"várias cláusulas editalícias referentes a esses certames foram impugnadas pelas licitantes perante o Poder Judiciário, por divergirem das disposições da Lei de Licitações e Contratos, o que resultou na anulação das licitações em face das decisões favoráveis às empresas proferidas por aquele Poder"*. Assim sendo, ponderou o relator que *"se houve negligência na regularização da contratação dos serviços em apreço"*, a responsabilidade não deveria ser a eles imputada, *"já que a morosidade na condução desses procedimentos licitatórios deveu-se, muitas vezes, a fatores alheios às atribuições desses gestores"*. Ainda em seu voto, ressaltou a evolução jurisprudencial do Tribunal acerca da matéria, com especial destaque para o Acórdão n.º 46/2002-Plenário, segundo o qual a contratação direta também seria possível quando a situação de emergência decorresse de falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, *"a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração"*. Não obstante, concluiu o relator, *"deve-se analisar a conduta do gestor público que não adotou tempestivamente as providências para fins de responsabilização"*. ***Acórdão n.º 285/2010-Plenário, TC-015.184/2004-5, rel. Min. Benjamin Zymler, 24.02.2010.***

Exigência de que a vistoria técnica seja realizada pelo engenheiro responsável pela obra

Representação formulada ao TCU indicou supostas irregularidades na condução da Tomada de Preços n.º 6/2009, promovida pelo Município de Miguel Alves/PI, cujo objeto era a contratação de empresa para a construção de dois ginásios poliesportivos no referido município. Noticiou a empresa representante a *"negativa de vistoria técnica"* para o seu preposto, o que, segundo ela, evidenciava restrição ao caráter competitivo do certame. Em seu voto, destacou o relator que, de acordo com o edital, a pessoa habilitada para realizar a vistoria do local das obras deveria ser o responsável técnico da licitante: *"4.1.1. - As interessadas em participar do presente certame deverão, como pré-requisito para participação, enviar representantes para visitação* ***in loco*** *no local da obra. O representante da empresa deverá obrigatoriamente ser o engenheiro responsável da mesma, sendo acompanhado por representante da Secretaria de Obras do município, indicado pela autoridade competente."*. Nesse sentido, para o relator, *"o envio de estagiário de engenharia, objetivando a visitação ao local das obras e sem competência para tal mister, em clara afronta à lei do certame, inviabilizou a emissão, pela municipalidade, da certidão com vistas ao cumprimento do pré-requisito para que a empresa representante pudesse acudir à licitação"*. Enfatizou ainda que se *"os gestores tivessem agido de modo diverso, permitindo, por exemplo, a visitação por pessoa não autorizada, poderiam ter concorrido para eventual impugnação, por parte de outros licitantes, do certame e/ou da empresa que ora representa ao Tribunal"*. Acompanhando o voto do relator, decidiu o Plenário considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 255/2010-Plenário, TC-023.939/2009-9, rel. Min. Augusto Nardes, 24.02.2010.***

Planejamento de contratações na área de tecnologia da informação

Ao apreciar relatório de auditoria na área de informática da Caixa Econômica Federal (CEF), realizada com o objetivo de analisar a qualidade dos controles, normas e procedimentos relativos às contratações efetuadas, destacou o relator que a lista de achados era extensa e revelava *"as diversas falhas que rotineiramente chegam ao descortino deste Tribunal, em diversos graus de relevância material"*. Constatou, ainda, que elas *"têm como raiz a insuficiência de um planejamento estratégico de longo prazo, que, caso fosse bem elaborado, evitaria irregularidades como a descrição insuficiente do que se quer adquirir (seja bem ou serviço) e a generalidade da definição dos requisitos técnicos do futuro fornecedor"*. Outro exemplo de consequência de falta de planejamento, enfatizou em seu voto, *"são as estimativas de preço falhas que, se fossem feitas da maneira correta, diminuiriam bastante as chances de haver contratações ou reajustes*

contratuais com valores distorcidos, sem contar com a contenção de verdadeiras avalanches de impugnações e representações que entravam as licitações e acabam encarecendo bens e produtos e chegando aos tribunais". Ao final, deliberou no sentido de que fossem formuladas várias determinações à CEF, algumas diretamente associadas à necessidade de planejamento das contratações, e que contaram com a anuência do Plenário: **1)** *"elabore plano de trabalho que preceda os processos licitatórios relativos a TI, demonstrando aderência da aquisição com o planejamento estratégico da instituição e com o plano diretor de informática e apresentando justificativa detalhada da necessidade da contratação, contendo a relação entre a demanda prevista e a quantidade a ser licitada, bem como o demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis, de acordo com o previsto no art. 2º, incisos II e III, do Decreto nº 2.271/97, e nos arts. 6º, inciso I, e 10º, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67"*; **2)** *"realize um adequado planejamento das contratações, de forma a prever na minuta contratual um nível mínimo de serviço exigido (NMSE), a fim de resguardar-se quanto ao não cumprimento de padrões mínimos de qualidade, especificando os níveis pretendidos para o tempo de entrega do serviço, disponibilidade, performance e incidência de erros, entre outros, bem como estabelecendo graus de prioridades e penalidades, à luz dos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 6º, inciso IX, alínea 'd', da Lei nº 8.666/93 e do art. 8º, inciso I, do Decreto nº 3.555/2000"*; **3)** *"confeccione o projeto básico dos processos licitatórios relativos à TI com base em estudo técnico preliminar, o qual deve levar em consideração, dentre outros pontos, o levantamento das soluções disponíveis no mercado e a justificativa pela solução escolhida, de acordo com o previsto nos arts. 6º, inciso IX, e 46 da Lei nº 8.666/93"*; **4)** *"nos casos de processos licitatórios relativos à TI cujo objeto demonstre-se técnica e economicamente divisível, proceda a licitação e a contratação separada dos serviços, utilizando-se do parcelamento, da adjudicação por itens ou de outros mecanismos (permissão de consórcios ou subcontratações) como a forma de obter o melhor preço entre os licitantes, de acordo com o previsto nos arts. 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, apresentando justificativas pormenorizadas, caso julgue inviável efetuar a contratação em separado dos objetos distintos da licitação"*; **5)** *"disponha adequadamente sobre a possibilidade de subcontratação no edital e no contrato, definindo claramente seus parâmetros quando desejável, ou vedando sua ocorrência quando indesejável, nos termos dos arts. 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93"*; **6)** *"abstenha-se de contratar por postos de trabalho, evitando a mera alocação de mão de obra e o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço, dando preferência ao modelo de contratação de execução indireta de serviço, baseado na prestação e na remuneração de serviços mensuradas por resultados, sempre que a prestação do serviço puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado ou por nível de serviço alcançado, em obediência ao Decreto nº 2.271/97, art. 3º, § 1º"*; **7)** *"proceda a mensuração dos serviços prestados por intermédio de parâmetros claros de aferição de resultados, fazendo constar os critérios e a metodologia de avaliação da qualidade dos serviços no edital e no contrato, conforme disposto no art. 6º, inciso IX, alínea 'e', da Lei nº 8.666/93, no art. 3º, § 1º, do Decreto nº 2.271/97"*; **8)** *"quando da contratação de serviços relacionados à TI, faça constar do projeto básico os subsídios para a gestão dos serviços, compreendendo inclusive os instrumentos que serão utilizados na fiscalização, tais como uma lista de verificação para checar a manutenção dos requisitos de habilitação e técnicos exigidos na licitação e os procedimentos para tratamento das anormalidades, atendendo ao comando do art. 6º, inciso IX, alínea 'e', da Lei nº 8.666/93"*; **9)** *"descreva objetiva e exaustivamente, em cláusula da minuta contratual, os motivos que ensejarão a aplicação de cada um dos tipos de penalidade administrativa previsto, evitando-se descrições genéricas (e.g., descumprimento parcial de obrigação contratual), em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII e IX, da Lei nº 8.666/93, e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade"*; **10)** *"descreva objetivamente, em cláusula da minuta contratual, os motivos que ensejarão a rescisão do contrato, de forma a evitar descrições genéricas (e.g., descumprimento parcial das obrigações e responsabilidades), em atenção ao disposto no art. 55, incisos VIII e IX, da Lei nº 8.666/93, e aos princípios da prudência, proporcionalidade e razoabilidade"*; **11)** *"estabeleça fórmulas para calcular a eventual aplicação de descontos, de forma a efetivamente inibir a ocorrência de atrasos na entrega dos serviços por parte da empresa contratada, evitando que tais descontos correspondam a valores irrisórios, em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei nº 8.666/93, e aos princípios da prudência, proporcionalidade e razoabilidade"*; **12)** *"realize uma detalhada estimativa de preços, com base em pesquisa fundamentada em informações de diversas fontes propriamente avaliadas, como, por exemplo, cotações específicas com fornecedores, contratos anteriores do próprio órgão, contratos de outros órgãos e, em especial, os valores registrados no Sistema de Preços Praticados do SIASG e nas atas de registro de preços da Administração Pública Federal, de forma a possibilitar a estimativa mais real possível, em conformidade com os arts. 6º, inciso IX, alínea 'f', e 43, inciso IV, da Lei*

nº 8.666/97”; **13)** *“instrua seus processos licitatórios com orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do objeto a ser contratado, fazendo constar do edital, sempre que couber, um modelo demonstrativo de formação de preços que possibilite demonstrar, em sua completude, todos os elementos que compõem o custo da aquisição, à luz dos arts. 7º, §2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93”*. ***Acórdão n.º 265/2010-Plenário, TC-024.267/2008-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.02.2010***.

Aceitação, num mesmo certame, de cartuchos novos ou remanufaturados

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico n.º 9000252/2009, realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), cujo objeto era a aquisição de cartuchos para impressora. Para a representante, o certame estaria eivado de vício em razão de não delimitar adequadamente o objeto pretendido, permitindo que fossem cotados, concomitantemente, cartuchos novos e remanufaturados, ferindo, assim, o princípio da isonomia. Em seu voto, o relator afirmou que não identificava a irregularidade suscitada, já que *“à empresa representante foi ofertado o direito de cotar preços em igualdade de condições com todas as demais entidades que participaram do certame, apenas sendo diferenciada por características a ela inerentes, decorrentes do tipo de cartucho que ofereceu e de sua estrutura de custos”*. Além disso, o exame do Tribunal cotejaria *“outros aspectos, tais como o objetivo precípuo das licitações, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública, a condução do certame pelos correios e, por fim, o número de interessados que participaram da etapa competitiva do pregão”*. Em relação a esses três aspectos, concluiu o relator que *“o procedimento foi vantajoso para os Correios”,* haja vista que o preço ofertado pela empresa vencedora da etapa competitiva do certame (R$ 391.000,00) foi bastante abaixo da estimativa inicial dos Correios (R$ 691.000,00). Quanto à condução do pregão, destacou que *“a postura daquela empresa não pode ser interpretada como afronta ao caráter isonômico da licitação, mas sim como a busca de ampliar a competitividade por meio da especificação essencial do bem desejado, sem restringir seu fornecimento apenas a bens novos ou remanufaturados”*. Ao final, frisou que a postura da ECT se coaduna com o disposto no Acórdão n.º 3224/2006-2ª Câmara, mediante o qual o TCU determinou à ECT que *“se abstenha de exigir que os produtos cotados sejam 100% novos, visto que o uso de componentes reaproveitados se constitui em prática comum no meio empresarial, inclusive entre os fabricantes das impressoras”*. Acolhendo proposição do relator, deliberou o Plenário pela improcedência da representação. ***Acórdão n.º 272/2010-Plenário, TC-001.164/2010-4, rel. Min. José Jorge, 24.02.2010.***

Aquisição de solução computacional para gestão técnica de infraestrutura de suporte e serviços de tecnologia da informação: 1 - Necessidade de comprovação da inviabilidade do parcelamento do objeto

Cabe ao órgão deflagrador da licitação a responsabilidade de oferecer estudo técnico que comprove a inviabilidade técnica e econômica da divisão do objeto em parcelas. Com base nesse entendimento, o Tribunal considerou procedente representação que apontava possível irregularidade no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 12/2009, deflagrado pela Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades, ao não observar os comandos insculpidos no art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.666/1993. Para a representante, o objeto do certame *“agrupou diversos itens de natureza distinta em lote único, sob o fundamento de que o sistema pretendido necessita de integração para ser operado”*. O objeto da licitação consistia na aquisição de solução computacional para gestão técnica de infraestrutura de suporte e serviços de tecnologia da informação, operando de forma integrada com o gerenciamento de processos organizacionais, incluindo implantação, configuração, capacitação técnica, garantia de manutenção de tecnologia e fornecimento de licenças de uso definitivo de **software**, com direito à atualização de versão por 24 meses. Referido objeto subdividir-se-ia, segundo o relator, nos seguintes produtos da solução de TI pretendida: *“a) fornecimento de licenças de uso definitivo para a Gestão do Suporte, Garantia da Entrega dos Serviços de TI; b) fornecimento de licenças de uso definitivo para Gerenciamento de Processos Organizacionais; c) serviços de execução, implementação, treinamento, transferência de tecnologia e suporte técnico das soluções licenciadas”*. Tem-se como regra geral, insculpida no art. 23, § 1º, da Lei n.º 8.666/1993, enfatizou o relator, *“que a fragmentação do objeto deve ocorrer sempre que tal medida se mostre técnica e economicamente viável”*. A propósito, *“a matéria encontra-se sumulada no âmbito desta Corte de Contas, a teor da Súmula n.º 247/2004”*. Considerando que o termo de referência e o edital do certame não traziam motivação capaz de justificar a alternativa escolhida de licitar a integralidade do objeto, deliberou o Tribunal, acolhendo proposta do relator, no sentido de determinar à Secretaria Executiva do Ministério das Cidades que, caso opte por dar continuidade ao certame para contratação do serviço objeto do

Pregão Eletrônico n.º 12/2009 – suspenso administrativamente –, analise e faça constar, do processo licitatório, documento ou arrazoado que demonstre a inviabilidade técnica do parcelamento dos itens do certame, identificando as diferentes soluções e alternativas de mercado, conforme preconiza o art. 10, inciso IV, da IN n.º 04/2008-SLTI. ***Acórdão n.º 280/2010-Plenário, TC-016.975/2009-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 24.02.2010.***

Aquisição de solução computacional para gestão técnica de infraestrutura de suporte e serviços de tecnologia da informação: 2 - Discricionariedade do gestor quanto à admissão, no certame, de empresas reunidas em consórcio

Outra determinação à Secretaria Executiva do Ministério das Cidades, sugerida pela unidade técnica do TCU que atuou no feito, consistia na necessidade de que fosse avaliada a possibilidade de se permitir a participação de empresas em consórcio, com vistas ao aumento do número de licitantes e, consequentemente, da competitividade do certame. A respeito do tema, destacou o relator que a jurisprudência do TCU *"tem assentado que o art. 33 da Lei n.º 8.666/1993 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no torneio licitatório, devendo tal desígnio ser verificado caso a caso"*. Para ele, quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, *"via de regra, a Administração, com intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio"*. No entanto, entendeu que não era essa a hipótese no contexto em análise, *"pois o objeto pretendido – aquisição de solução computacional para gestão técnica de serviços de TI – já não é mais novidade no âmbito da Administração Pública, uma vez que esta vem buscando modernizar-se e adequar-se as práticas de boa gestão utilizadas na iniciativa privada, mormente no que concerne à área de TI"*. Enfatizou também que *"a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade"*, conforme consignado no Acórdão n.º 2.813/2004-1ª Câmara, mencionado pelo relator. Deixando de acolher a sugestão da unidade técnica, arrematou: *"creio que não seja o caso de transmudar a demanda proposta em recomendação, porquanto há notícia nos autos de que o órgão resolveu permitir a participação de consórcios na disputa, o que deverá ocorrer mediante futura alteração das disposições editalícias"*. Precedente citado: Acórdão n.º 1.946/2006-Plenário. ***Acórdão n.º 280/2010-Plenário, TC-016.975/2009-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 24.02.2010.***

Aquisição de solução computacional para gestão técnica de infraestrutura de suporte e serviços de tecnologia da informação: 3 - Necessidade de vinculação dos serviços efetivamente prestados e dos pagamentos realizados

Outra suposta irregularidade identificada no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 12/2009, promovido pela Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades, foi a ausência de definição de métrica, indicadores, metodologia de avaliação da adequação dos serviços a serem prestados, ou de cronograma de execução física e financeira, no edital, de forma a vincular os serviços efetivamente prestados e os pagamentos realizados, o que não estaria em consonância com o conteúdo do inciso II do art. 14 da IN/SLTI n.º 04/2008. Acolhendo proposta do relator, deliberou o Plenário no sentido de determinar à Secretaria Executiva do Ministério das Cidades que, caso opte por dar continuidade ao certame para contratação do serviço objeto do Pregão Eletrônico n.º 12/2009 – suspenso administrativamente –, estabeleça e faça constar do edital, em atenção ao disposto no art. 14, inciso II, da IN/SLTI n.º 04/2008: i) *"critérios de mensuração da execução dos serviços descritos nas macrofases constantes no Anexo III – Cronograma e Quantitativos de Licenças e Serviços"*; ii) *"estimativa prévia do volume de serviços demandados, relativos à macrofase 'Suporte On site com Transferência de Tecnologia'"*; e iii) *"cronograma de execução física e financeira, de modo que o pagamento seja efetuado em função dos resultados obtidos"*. ***Acórdão n.º 280/2010-Plenário, TC-016.975/2009-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 24.02.2010.***

Pregão para contratação de serviços especializados na área de tecnologia da informação

O relator informou ao Plenário haver deferido medida cautelar no sentido de que o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) suspendesse todos os atos tendentes a resultar na adjudicação do objeto da Concorrência n.º 4/2009, referente à contratação de serviços especializados em tecnologia da informação, na área de desenvolvimento e manutenção de sistemas de informação, envolvendo: item I) desenvolvimento de sistemas (modelo fábrica de software); e item II) manutenção de sistemas (modelo postos de serviço). Tratava-se de representação oferecida ao TCU em razão de o edital apresentar possíveis vícios relativos à: a) adoção da modalidade de licitação *concorrência* em detrimento do *pregão*, uma vez que o objeto da licitação se enquadraria na definição de bens e serviços comuns do

parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/02, sendo, por força do art. 4º do Decreto n.º 5.540/2005, obrigatória a utilização da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica; e b) não elaboração dos *"artefatos relativos à fase de planejamento da contratação"*, nos termos dos arts. 10, 13, 14 e 16, todos da IN n.º 04/2008-SLTI. Acompanhando a manifestação da unidade técnica, entendeu o relator, em juízo de cognição sumária, estarem presentes os requisitos necessários à concessão da cautelar proposta. Para ele, *"há fortes indícios de que a modalidade de licitação adotada para a aquisição dos serviços constantes da licitação em apreço não observa os ditames legais, bem assim o projeto básico do mesmo instrumento não contém os documentos requeridos pela IN 04/2008-SLTI"*. A adoção da medida acautelatória também estaria fundamentada *"na possibilidade de que a Administração sofra prejuízo se a ilegalidade for comprovada, anulando todo o processo licitatório"*. O Plenário referendou a cautelar. Precedente citado: Acórdão n.º 2.471/2008-Plenário. ***Decisão monocrática no TC-003.559/2010-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 24.02.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Desclassificação de proposta em razão de preços unitários inexequíveis

Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 7/2009, do Banco do Nordeste do Brasil (BNB), que teve por objeto a contratação de serviços de manutenção predial em unidades do banco. Os responsáveis pela condução do certame foram chamados em oitiva, para apresentar justificativas quanto à *"desclassificação de 10 (dez) empresas, ofertantes dos menores preços, por motivos meramente formais, em desacordo com o princípio do julgamento objetivo das propostas, ao arrepio do art. 3º da Lei nº 8.666/93"*. Em seu voto, o relator reforçou a posição de que o Tribunal combate o formalismo exagerado do administrador, quando este aplica restritivamente as cláusulas do edital, de modo a excluir indevidamente possíveis licitantes. Defendeu como salutar a atuação do controle externo até no sentido de, ao apreciar casos concretos submetidos a seu crivo, afastar as próprias cláusulas do edital que se mostram desarrazoadas e prejudiquem a competitividade da licitação. Nesse mesmo sentido, mencionou o voto condutor do Acórdão n.º 3.046/2008-Plenário. No caso concreto, concluiu o relator que o BNB não procedeu ao arrepio do edital, nem se mostraram desarrazoados os critérios de julgamento observados pelo banco para a desclassificação das licitantes. Destacou que o representante do Ministério Público junto ao TCU, em seu parecer, *"demonstrou com precisão que todas as propostas desclassificadas apresentaram alguma inconsistência no custo da mão de obra, notadamente pela falta de cotação dos adicionais noturno, de insalubridade e de periculosidade"*. E para o *Parquet* especializado, *"essas irregularidades relativas ao custo de mão de obra são indícios de que as respectivas propostas podem ser inexequíveis, uma vez que os valores apresentados não são suficientes para cobrir as despesas a que se destinam. É verdade que, em princípio, é da empresa contratada o dever de arcar com os eventuais erros existentes na proposta que formulou. No entanto, se isso não ocorrer, esse ônus recai sobre a administração (...), conforme a Súmula 331, IV, do TST (...)"*. E arrematou o relator: *"a falta de segurança por parte da administração em conhecer especificamente como se compõem os itens de custo, tais como os mencionados, compromete o julgamento objetivo para a natureza do objeto pretendido, que cuida essencialmente de prestação de serviços terceirizados"*. Acompanhando a manifestação do relator, deliberou a Primeira Câmara no sentido de considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 744/2010-1ª Câmara, TC-010.109/2009-9, rel. Min. Valmir Campelo, 23.02.2010***.

Não aceitação de proposta da qual constem despesas administrativas e lucro irrisórios

Apreciando pedido de reexame interposto contra o Acórdão n.º 975/2009-Primeira Câmara, modificado pelo Acórdão n.º 1911/2009-Primeira Câmara, deliberou o Colegiado no sentido de negar-lhe provimento. No acórdão recorrido, entre as irregularidades que motivaram o Tribunal a determinar, ao Grupo Executivo para Extinção do DNER/MT, que se abstivesse de prorrogar o Contrato n.º 01/2008, estava a apresentação, no certame, de proposta contendo valores irrisórios, que a tornariam manifestamente inexequível, violando-se os arts. 44, § 3º, e 48, II, da Lei n.º 8.666/93. O recorrente argumentou, em favor da exequibilidade da sua proposta, que teria atendido aos critérios objetivos do certame. Para a unidade técnica que atuou no feito, *"tendo em vista que os percentuais de lucro e de despesas administrativas foram de ínfimos 0,01%, entendemos que, sob esse ângulo, sem dúvida, a proposta mostrou-se, no mínimo, temerária. [...] Proposta da qual conste lucro e despesas administrativas ínfimas mereceriam, no mínimo, comprovação de exequibilidade por parte da licitante vencedora. [...] Planilha com previsão de lucro e despesas administrativas ínfimas conduzem à conclusão de que a proposta era inexequível, caso todos os preços*

oferecidos sejam efetivamente praticados – os preços pagos pela Administração não seriam suficientes para cobrir os custos da contratada [...]. De acordo com os dados constantes da planilha de preços, podemos chegar a três conclusões possíveis: a) a empresa não teria lucro algum com o contrato – o que em alguns casos até seria possível, mas se trata de exceção e deveria ser devidamente comprovado, pois empresas privadas visam o lucro e têm despesas administrativas; b) a empresa não pagaria aos profissionais terceirizados o valor que se propôs a pagar, o que teria reflexos imediatos sobre as contribuições sociais – o que descumpre os princípios licitatórios da transparência dos preços e das planilhas; c) a empresa não pagaria as contribuições sociais e tributos devidos, mas pagaria os salários conforme previsão na planilha. [...] Tendo em vista que os dados constantes da planilha não correspondem às práticas de mercado, entendemos que não deve ser elidida a irregularidade relativa a valores irrisórios e possível inexequibilidade. Quanto ao pronunciamento desta Corte nos autos do TC 020.732/2003-4, observamos que, naquele caso específico, bem como em vários outros semelhantes tratados nesta Corte, constava do edital que quaisquer equívocos de cálculos ou omissões, constantes da planilha de preços, seriam suportados pela contratada. Ademais, entendemos que, na dúvida e após a contratação, deve a empresa suportar o ônus de equívocos. Entretanto, observamos que as incorreções foram questionadas em âmbito de recurso administrativo e a recorrente silenciou sobre as incorreções. A nosso ver, se a falha é detectada no nascedouro, deve ser corrigida de imediato. Não pode o licitante beneficiar-se do seu equívoco, nem em detrimento da Administração (tentando cobrar valores maiores da Administração ou deixando de executar os serviços em decorrência de inexequibilidade), nem em detrimento dos demais licitantes (procedendo a cálculos em desacordo com o edital e legislação aplicável).”. Acolhendo o entendimento da unidade técnica, concluiu o relator que deveria ser negado provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos seus pares. ***Acórdão n.º 741/2010-1ª Câmara, TC-026.982/2008-5, rel. Min. Valmir Campelo, 23.02.2010***.

Divulgação do orçamento no âmbito do pregão

Representação oferecida ao TCU apontou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 2008/27366, conduzido pelo Centro de Serviços de Logística do Banco do Brasil em Recife/PE, objetivando a aquisição e instalação de equipamentos de segurança. Mediante o Acórdão n.º 3.407/2009-1ª Câmara, o Tribunal considerou-a parcialmente procedente, adotando ainda as seguintes medidas: *“1.6.1. determinar ao Banco do Brasil S. A. – Gerência de Compras e Alienações (GECOP) da Diretoria de Logística (DILOG) que, ao realizar certames licitatórios sob a modalidade pregão, quando não for divulgado o orçamento estimativo em planilhas, faça constar do edital o valor estimado da contratação, em atenção ao princípio da publicidade, insculpido no art. 37 da Constituição Federal e no art. 3º da Lei nº 8.666/1993; 1.6.2. recomendar ao Banco do Brasil S. A. – Gerência de Compras e Alienações (GECOP) da Diretoria de Logística (DILOG) que faça constar, dos pregões eletrônicos, o valor estimado da contratação em planilhas ou preços unitários ou a informação do local onde os interessados poderão obtê-lo, ressaltando-se a obrigatoriedade de o mesmo constar do processo administrativo que fundamenta a licitação”.* Contra o aludido acórdão, foi interposto pedido de reexame pelo Banco do Brasil, requerendo a insubsistência da determinação e da recomendação que lhe foram formuladas, alegando, basicamente, a inexistência de obrigatoriedade legal de divulgação, nos editais dos pregões, do valor estimado da contratação em planilhas ou preços unitários, e de sua inclusão nos respectivos processos administrativos, anteriormente à fase de lances dos certames. Em seu voto, enfatizou o relator que o entendimento do TCU é no sentido de que, *“na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimativo da contratação deverá constar obrigatoriamente do Termo de Referência, e não do edital, como determinado, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal Termo de Referência ou o próprio orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-lo”*. Por essa razão, manifestou-se no sentido de que fosse tornada insubsistente a determinação consignada no subitem 1.6.1 do acórdão recorrido. Além disso, a fim de assegurar uniformidade nas decisões do Tribunal, acolheu a proposta da unidade técnica no sentido de que fosse alterada a recomendação contida no subitem 1.6.2 do aludido **decisum**, atribuindo-lhe a mesma redação do subitem 9.5 do Acórdão n.º 394/2009-Plenário, alterado pelo Acórdão n.º 1.789/2009-Plenário, ante o entendimento de que a obrigatoriedade de inclusão do valor estimado da contratação no processo administrativo que fundamenta a licitação, em planilhas ou preços unitários, *“deve ser observada após a fase de lances, sob pena de tornar inócua a desnecessidade de constar do edital, além de, por se tratar de pregão eletrônico, potencialmente ferir o princípio da isonomia, diante da possibilidade de acesso ao processo administrativo por licitante presente no mesmo local do órgão, ao contrário de licitantes localizados em outras cidades”*. Acompanhando a manifestação do relator, deliberou a Primeira Câmara no sentido de tornar insubsistente o

subitem 1.6.1 do Acórdão n.º 3.407/2009-1ª Câmara e alterar a redação do seu subitem 1.6.2, passando a vigorar com o seguinte teor: *"1.6.2. recomendar ao Banco do Brasil S.A – Gerência de Compras e Alienações (GECOP) da Diretoria de Logística (DILOG) que, caso julgue conveniente, faça constar, dos editais dos pregões eletrônicos, o valor estimado da contratação em planilhas ou preços unitários, ou a informação do local onde os interessados poderão obtê-lo, ressaltando-se a obrigatoriedade de o mesmo constar do processo administrativo que fundamenta a licitação, após a fase de lances"*. ***Acórdão n.º 718/2010-1ª Câmara, TC-001.648/2009-5, rel. Min. Augusto Nardes, 23.02.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 2 e 3 de março de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Responsabilidade solidária daquele que designa o fiscal do contrato e não lhe dá os meios necessários para o exercício das suas atribuições

Acompanhando o voto do relator, decidiu o Plenário negar provimento a recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão n.º 1.026/2008-Plenário, por meio do qual foi o recorrente condenado solidariamente em débito. O recorrente (ex-Secretário de Trabalho, Emprego e Renda do Distrito Federal – Seter/DF) trouxe, entre outros argumentos, os seguintes: a) não lhe teria sido imputada prática de nenhum ato de má gestão; b) a responsabilização teria decorrido de infrações de normas legais cometidas por subordinados; c) não era responsável pelo pagamento de faturas, pela fiscalização ou pela não comprovação da execução dos contratos. De acordo com o relator, ao ser signatário do Convênio MTE/Sefor/Codefat n.º 005/99, o ex-Secretário *"comprometeu-se a zelar pela aplicação dos recursos repassados, não só em razão dos dispositivos legais pertinentes, mas também em decorrência das atribuições de seu próprio cargo. O gestor tinha o dever de avaliar a viabilidade do programa, tomar medidas para corrigir eventuais incorreções, adotar as devidas precauções para evitar desvios de recursos, fiscalizar as execuções contratuais e liberar os pagamentos após confirmar a execução dos serviços. Entretanto, nada disso ocorreu."*. O programa envolvia *"treinamento de 148.000 alunos por meio de cinquenta contratações, envolvendo recursos atualizados da ordem de R$ 47.000.000,00 (quarenta e sete milhões). Tratava-se, pois, de empreendimento de enormes proporções, que deveria ter sido colocado como centro das atenções dos dirigentes da Secretaria. Não era atividade meramente assessória da pasta, mas, sim, sua atividade principal, da qual o seu titular detinha pleno conhecimento e condições de levar a efeito as contratações e as fiscalizações"*. Para o relator, as *"falhas detectadas no processo de seleção e contratação das entidades, bem como as irregularidades verificadas na execução dos contratos, apontam para quadro de descalabro administrativo, o qual decorreu, em grande parte, da conduta omissiva do então titular da Seter, que não forneceu a seus subordinados os meios materiais e o treinamento necessário ao fiel desempenho das atribuições daqueles servidores"*. Asseverou o relator que *"Não se está a afirmar que o responsável devesse praticar todos os atos de acompanhamento, mas, sim, adotar providências para que isso ocorresse. Infelizmente, isso não ocorreu de forma minimamente aceitável"*. Dos doze servidores designados como executores técnicos, apenas quatro teriam sido responsáveis por 68% do valor total de recursos. Verificou-se, assim, *"mais um ato questionável do responsável, caracterizado pela imprudência/negligência, pois era possível antever que esses servidores não teriam condições de acompanhar a execução de todos esses contratos, o maior dos quais visava treinar 48.000 alunos, que comporiam 1.920 turmas de 25 alunos cada"*. Diante de tais fatos, o relator considerou plenamente demonstrado que o ex-titular da Seter/DF agiu com *"grave e deliberada negligência e imprudência, tendo, sua conduta, contribuído, de forma decisiva, para a ocorrência do dano sofrido pelos cofres públicos"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 476/2008, 606/2009, 678/2009, 737/2009, 913/2009, 1.278/2009, 2.580/2009 e 2.673/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 319/2010-Plenário, TC-003.196/2001-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.03.2010.***

Concorrência para execução de obra: 1 - Parcelamento do objeto e ampliação da competitividade

Representação formulada ao TCU indicou possíveis "vícios" na gestão de recursos oriundos de convênio celebrado entre o Ministério do Turismo e a Prefeitura Municipal de Morretes/PR, que tinha por objeto a execução das seguintes obras: *"Restauração da Casa Rocha Pombo; Restauração da Igreja São Benedito; Restauração da Igreja São Sebastião do Porto de Cima; Obra da 3ª Etapa do Centro de Eventos Praça de Alimentação; Passarela Metálica sobre o Rio Nhundiaquara; Ciclovia; Praça do Porto de Cima; Pavimentação Asfáltica e Drenagem Pluvial da via de acesso ao Iate Clube"*. Entre os possíveis "vícios" apontados na Concorrência n.º 02/2008, levada a efeito pelo município, mereceu destaque a ausência de parcelamento do objeto da licitação. Consoante ressaltado na instrução da unidade técnica, *"a estratégia do gestor municipal de deflagrar processo licitatório único para todas as obras, não adotando o parcelamento, acarretou restrição à competitividade do certame, pois exigiu das potenciais licitantes que tivessem realizado anteriormente obras similares às requeridas. [...] sobressaem dos autos como indicativos da viabilidade de parcelamento do objeto o valor expressivo da contratação, a natureza diversificada dos serviços e das obras, além do fato de as obras e serviços virem a ser executados em localidades distintas"*. Para corroborar o entendimento de que houve restrição à participação de empresas no certame, o relator enfatizou a participação de apenas duas empresas. Nesse sentido, decidiu o Plenário determinar à Prefeitura Municipal de Morretes/PR que, em futuras licitações custeadas com recursos federais, *"parcele o objeto a ser licitado de forma a ampliar a competitividade, quando isso se revelar técnica e economicamente recomendável"*, conforme disposto no art. 3º, c/c § 1º do art. 23 da Lei n.º 8.666/93, *"a fim de evitar a ocorrência de redução indevida do número de licitantes"*. ***Acórdão n.º 326/2010-Plenário, TC-002.774/2009-5, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.03.2010.***

Concorrência para execução de obra: 2 - Exigência de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante, bem como de a visita técnica ser por ele realizada
Outro "vício" identificado no âmbito da Concorrência n.º 02/2008, realizada pela Prefeitura Municipal de Morretes/PR, foi a exigência editalícia de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico no momento da apresentação da proposta. Impôs-se, também, a realização de visita técnica em data única e obrigatoriamente pelo responsável técnico integrante do quadro permanente da licitante, com afronta, segundo a representante, ao que prescreve o art. 30, II e § 1º, c/c art. 3º, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, e ao próprio entendimento do TCU consignado nos Acórdãos n.os 1.332/2006 e 1.631/2007, ambos do Plenário. Na instrução da unidade técnica, foram destacados os comentários de Marçal Justen Filho sobre o conceito de *"quadros permanentes"*, constante do art. 30, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93: *"A interpretação ampliativa e rigorosa da exigência do vínculo trabalhista se configura como uma modalidade de distorção: o fundamental, para a Administração Pública, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião da execução do futuro contrato. É inútil, para ela, que os licitantes mantenham profissionais de alta qualificação empregados apenas para participar da licitação. É suficiente, então, a existência de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum. Aliás, essa é a interpretação que se extrai do próprio art. 30, quando estabelece que as exigências acerca de pessoal qualificado devem reputar-se atendidas mediante mera declaração de disponibilidade apresentada pelo licitante."*. Em seu voto, o relator reforçou a posição da unidade instrutiva no sentido de que *"a exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico, vedada por lei, conduz à restrição à competitividade"*. Quanto à exigência de realização de visita técnica em data única, *"da mesma forma, os elementos de defesa não se mostraram suficientes para justificá-la, portanto, persistindo a afronta ao art. 30, § 1º, inciso I, c/c art. 3º, § 1º, da Lei n.º 8666/1993, consoante já decidido pelo TCU nos Acórdãos n.os 1.332/2006 e 1.631/2007, ambos do Plenário"*. O relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva à Prefeitura Municipal de Morretes/PR, para futuras licitações custeadas com recursos federais. Outros precedentes citados: Acórdãos n.os 316/2006, 608/2008 e 1.547/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 326/2010-Plenário, TC-002.774/2009-5, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.03.2010.***

Concorrência para execução de obra: 3 - Exigência de os licitantes apresentarem desconto único, em relação ao orçamento do órgão que realiza o certame, para todos os preços unitários
Outra possível irregularidade levantada no âmbito da Concorrência n.º 02/2008, promovida pela Prefeitura Municipal de Morretes/PR, envolvia a previsão editalícia de que, caso o licitante apresentasse preço diferenciado do constante na planilha de preços, sob pena de desclassificação, deveria fazê-lo por meio de um único multiplicador "k", que incidiria linearmente sobre todos os preços unitários dos serviços constantes das planilhas de preços. Para chegar à conclusão de que essa imposição comprometia a competitividade do certame, o relator valeu-se do entendimento da unidade técnica, segundo a qual *"mesmo que a empresa intencionasse apresentar desconto maior em determinado serviço ficava impedida pela referida disposição do edital, restringindo, inclusive, uma efetiva competitividade do certame"*. Ademais, *"pode ter impossibilitado os licitantes de ofertarem descontos diferenciados para determinados serviços, de forma que não restou evidenciada a obtenção da proposta mais benéfica para a administração"*. Acolhendo proposição do relator, deliberou o Plenário no sentido de determinar à Prefeitura Municipal de Morretes/PR que *"abstenha-se de incluir, em edital de licitação, exigência de desconto único para todos os preços unitários, por violar o disposto no inciso X do art. 40 da Lei 8666/1993"*. ***Acórdão n.º 326/2010-Plenário, TC-002.774/2009-5, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.03.2010.***

Concorrência para execução de obra: 4 - Exigência simultânea, para fim de qualificação econômico-financeira, da comprovação de capital social mínimo e da apresentação de garantia
Outra suposta irregularidade suscitada no âmbito da Concorrência n.º 02/2008, realizada pela Prefeitura Municipal de Morretes/PR, dizia respeito à exigência simultânea da comprovação de capital social mínimo e da apresentação de garantia da proposta, contrariando o art. 31, § 2º, da Lei n.º 8.666/93. Para a unidade técnica, cuja manifestação contou com a anuência do relator, *"a simultaneidade de exigência de requisitos de capital social mínimo e de garantia para a comprovação da qualificação econômico-financeira não se coaduna com a lei e caracteriza restrição ao caráter competitivo."*. Acompanhando o voto do relator, decidiu o Plenário determinar à Prefeitura Municipal de Morretes/PR que *"atente para as disposições contidas no art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93, de forma a não exigir simultaneamente, nos instrumentos convocatórios de licitações, requisitos de capital social mínimo e garantias para a comprovação da*

qualificação econômico-financeira dos licitantes”. Precedentes citados: Acórdão n.º 170/2007-Plenário e Decisão n.º 1.521/2002-Plenário. ***Acórdão n.º 326/2010-Plenário, TC-002.774/2009-5, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.03.2010.***

Concorrência para execução de obra: 5 - Exigência de índices contábeis que implicam restrição à competitividade da licitação
Outro “vício” apontado no âmbito da Concorrência n.º 02/2008, levada a efeito pela Prefeitura Municipal de Morretes/PR, foi a exigência de índices contábeis restritivos à competitividade do certame, em oposição, segundo a representante, ao que dispõe o § 5º do art. 31 da Lei n.º 8.666/93. Entre os índices estabelecidos, chamou a atenção do relator o de liquidez corrente, que deveria ser de, no mínimo, *2,0*. Em seu voto, ressaltou a menção da unidade técnica ao Acórdão n.º 779/2005-Plenário, que também considerou excessivo o índice de 2,0 para liquidez corrente: *“[...] Enquanto que o normal seria um índice de liquidez corrente de 1,2 a 1,5, a licitação exigia 2,0. [...] Ora, a fixação de 2,0 como valor limite para o Índice de Liquidez Corrente teve a finalidade de restringir a participação no certame daquelas empresas que apresentassem a razão entre seu ativo e passivo circulantes igual ou superior àquele índice, ou seja, que apresentassem a saúde financeira tal que para cada real atinente a dívidas de curto prazo assumidas deveria haver dois reais em disponibilidade em seu caixa. [...] segundo especialistas e publicações atinentes ao mercado de construção civil de infra-estrutura - obras públicas - a possibilidade de se encontrar empresas gozando de situação financeira tão privilegiada era e continua sendo muito remota, fato que nos leva a crer ter sido tal exigência propositadamente colocada no edital com o objetivo de determinar, previamente, os rumos da licitação. [...] Cabe destacar que a fixação de índices de liquidez a serem utilizados em licitações deve guardar relação de razoabilidade e proporcionalidade com o objeto a ser atingido, devendo-se fixar parâmetros que não obstante possibilitem obter a melhor proposta para a Administração Pública, não venham, entretanto, inviabilizar o caráter competitivo do processo licitatório, conforme preconizado pelo art. 3º da Lei 8.666/93.”* Fez-se também referência ao Acórdão n.º 170/2007-Plenário, por meio do qual o Tribunal deixou assente que, à luz do art. 31, § 5º, da Lei n.º 8.666/93, *“tais índices devem estar devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao procedimento licitatório, sendo vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.”*. Acolhendo proposição do relator, deliberou o Plenário no sentido de determinar à Prefeitura Municipal de Morretes/PR que *“abstenha-se de exigir índices financeiros e contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, conforme vedação contida no § 5º do art. 31 da Lei 8.666/93”*. ***Acórdão n.º 326/2010-Plenário, TC-002.774/2009-5, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.03.2010.***

Concorrência para execução de obra: 6 - Responsabilidade dos membros da comissão de licitação por exigências editalícias restritivas à competição
As irregularidades verificadas no âmbito da Concorrência n.º 02/2008, realizada pela Prefeitura Municipal de Morretes/PR, consideradas em conjunto, levaram o relator à conclusão de se ter buscado privilegiar indevidamente a vencedora do certame. Para ele, deveriam elas ser imputadas aos membros da comissão de licitação, que elaboraram o edital e conduziram o certame, e ao ex-Prefeito, que deflagrou o procedimento licitatório, adjudicou o objeto da licitação e a homologou, além de haver celebrado o contrato. Por tais razões, a despeito de ter-se operado a anulação do certame e dos atos dele decorrentes, mediante iniciativa do Prefeito sucessor, entendeu o relator, no que foi acompanhado pelos seus pares, que deveriam ser aqueles responsáveis apenados com multa. ***Acórdão n.º 326/2010-Plenário, TC-002.774/2009-5, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.03.2010.***

Licitação visando à contratação de empresa para realização de eventos: 1 - Adoção do tipo “técnica e preço”
Ao apreciar tomada de contas especial instaurada em razão de indícios de irregularidades no Convite n.º 2002/282 – sob a coordenação da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) –, que tinha por objeto a contratação de empresa para realização de eventos, o relator aduziu, preliminarmente, considerações acerca da adoção do tipo de licitação “técnica e preço” no referido certame. Observou que os serviços licitados consistiam no *“planejamento operacional, organização, execução e acompanhamento dos eventos, incluindo checagem, preparação dos ambientes e dos equipamentos necessários, montagem e distribuição de* ***kits****, controle de presença e prestação de serviços de suporte de*

copa/alimentação". Constatou que os eventos realizados, objetivos a serem alcançados e públicos-alvo já estavam previamente estabelecidos, restando para a contratada a mera prestação de apoio logístico. Assim sendo, *"os serviços contratados não possuem natureza predominantemente intelectual, tampouco se referem à prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, motivo pelo qual se caracterizou indevida a utilização do tipo 'técnica e preço' [...]."*. Acolhendo proposição do relator, decidiu o Plenário determinar ao MPOG que nos futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se de *"adotar certame do tipo 'técnica e preço' quando não estiver perfeitamente caracterizada a natureza predominantemente intelectual do objeto que se pretende contratar, considerando que tal procedimento restringe o caráter competitivo da licitação, consagrado no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, além de contrariar o disposto no art. 46, **caput**, do referido diploma legal"*. Precedente citado: Acórdão n.º 653/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 327/2010-Plenário, TC-007.080/2004-6, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.03.2010.***

Licitação visando à contratação de empresa para realização de eventos: 2 - Desclassificação de proposta por falta de assinatura

Entre as supostas irregularidades no âmbito do Convite n.º 2002/282, sob a coordenação da Secretaria de Gestão do MPOG, foi apontada a *"exclusão infundada de três propostas apresentadas"*. Em seu voto, o relator afirmou que de acordo com o "Relatório de Avaliação das Propostas Técnicas e Comerciais", as propostas de três licitantes não teriam sido avaliadas porque não foram devidamente assinadas pelos representantes autorizados, conforme previa o item 7.2.2 da Carta-Convite, segundo o qual *"[...] No caso de discrepâncias entre as diversas vias de uma proposta, o original prevalecerá. O original e todas as cópias da PROPOSTA TÉCNICA deverão ser impressos e estar assinados pelo representante autorizado da LICITANTE [...]."*. Destacou o relator que, embora a maioria das páginas das propostas técnicas das três licitantes estivesse rubricada, tais propostas não estavam assinadas pelos representantes autorizados, conforme exigia o edital. Conforme alegado pelos membros do comitê de avaliação, chamados em citação diante dos indícios de irregularidades apontados, o Contrato de Empréstimo n.º 1.042-OC/BR, firmado com o BID (licitação financiada 50% com recursos do BID e 50% com recursos de contrapartida), enquadrava a ausência de assinaturas nas propostas como erro insanável e, por isso, estariam obrigados a desclassificar as licitantes. Reputou o relator relevante tal exigência, *"pois é uma forma de garantir que as propostas apresentadas pelas licitantes não serão alteradas após a entrega no órgão licitante ou que qualquer pessoa não autorizada a representá-la apresente proposta em seu nome com o fim de prejudicá-la. Essa exigência também tem sua importância para a própria Administração, pois a resguarda de eventuais acusações."*. E acrescentou: *"É claro que se tal falha tivesse sido observada pelos membros do comitê de avaliação no momento da apresentação e abertura das propostas, a meu ver, em face do interesse público, não haveria óbice a que a Administração procedesse a sua regularização, se estivessem presentes os representantes das empresas."*. Ao final, acolheu as alegações de defesa apresentadas, no que foi acompanhado pelos seus pares. Precedente citado: Decisão n.º 570/92-Plenário. ***Acórdão n.º 327/2010-Plenário, TC-007.080/2004-6, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.03.2010.***

Licitação visando à contratação de empresa para realização de eventos: 3 - Adoção de critérios subjetivos para julgamento das propostas técnicas

Outra possível irregularidade apontada no âmbito do Convite n.º 2002/282, sob a coordenação da Secretaria de Gestão do MPOG, envolvia a *"pontuação das propostas técnicas de forma a privilegiar a empresa contratada"*. De acordo com a instrução da unidade técnica, para o item "experiência da empresa", os relatórios apresentados por duas licitantes demonstravam que os eventos por elas promovidos eram, na verdade, mais complexos e abrangentes do que os executados pela vencedora do certame, não obstante os pontos atribuídos àquelas licitantes terem sido inferiores aos concedidos à vencedora. Para o relator, não haveria como deduzir se, de fato, houve direcionamento na avaliação das propostas técnicas somente com base em análises dos relatórios apresentados pelas licitantes, visto que *"não foram adotados critérios objetivos para avaliação dessas propostas, razão pela qual qualquer análise que se faça desses relatórios se dará de forma subjetiva"*. Haveria, no entanto, para ele, diversos fatores que, somados, indicariam o direcionamento do certame. Destacou em seu voto que a vencedora obteve dezenove pontos e meio dos vinte possíveis de serem alcançados na proposta técnica, e que o meio ponto dela retirado teria sido justamente no item "formação e experiência dos profissionais", único item cujos critérios de avaliação eram objetivos. Já nos outros dois itens cujos critérios eram subjetivos, "experiência da empresa" e "capacidade operacional da empresa", que correspondiam a 15% do total dos pontos, a vencedora recebera a pontuação máxima em

todos os quesitos. Ponderou o relator que *"era dever dos integrantes do comitê de avaliação, em face do princípio da motivação a que todo administrador está sujeito, ter fundamentado cada um dos pontos atribuídos às licitantes. Assim, seria possível avaliar se foi observado o princípio constitucional da isonomia e se, de fato, foi selecionada a proposta mais vantajosa para a administração"*. Para ele, essa motivação *"se demonstra, não poucas vezes, de extrema utilidade ao administrador, uma vez que diversas acusações de direcionamento ou favorecimento em licitações ou de irregularidades em contratações sem licitações são facilmente contestadas e perfeitamente explicadas pela motivação/fundamentação das decisões"*. A falta de transparência no julgamento das propostas, enfatizou o relator, torna extremamente dificultosa sua aferição tanto pelos licitantes como pelo TCU, além de não se coadunar com o disposto no art. 45 da Lei n.º 8.666/93, segundo o qual *"o julgamento das propostas será objetivo"*. Tendo em vista a disparidade dos pontos atribuídos à vencedora e às demais licitantes, sem que houvesse qualquer fundamentação, manifestou-se o relator no sentido do não acolhimento das alegações dos membros do comitê de avaliação. O Plenário acolheu o seu entendimento. ***Acórdão n.º 327/2010-Plenário, TC-007.080/2004-6, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.03.2010.***

Concorrência para execução de obras de dragagem: 1 - Exigência, para fim de comprovação da capacidade técnico-operacional da licitante, de número máximo de atestados

Ao apreciar apartados constituídos a partir de levantamento de auditoria nas obras de dragagem do Porto do Itaqui/MA, o Tribunal, por meio do Acórdão n.º 2.712/2008-Plenário, decidiu aplicar multa ao ex-Diretor Presidente, ao ex-Presidente da Comissão Central de Licitação e ao ex-Diretor de Engenharia, todos da Empresa Maranhense de Administração Portuária (Emap), em razão de irregularidades verificadas na Concorrência n.º 77/2005, entre as quais se inseria a *"exigência de atestados para comprovação de capacidade técnico-operacional limitados ao número de dois, com cada quesito atendido em suas quantidades mínimas por apenas um contrato sem fundamentação em justificativas técnicas adequadas, infringindo o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993"*. Inconformados com a decisão, os responsáveis interpuseram pedidos de reexame. Em seu voto, destacou o relator haver evidências nos autos de que o ex-Presidente da Comissão Central de Licitação não atuou na elaboração do edital, mas apenas na condução do certame, razão pela qual não lhe devia *"ser atribuída responsabilidade pela inclusão de exigências restritivas do caráter competitivo da licitação"*. Os outros recorrentes não obtiveram êxito em demonstrar a insubsistência da irregularidade que lhes foi atribuída. Para o relator, *"era plenamente possível que a Emap exigisse dos licitantes comprovação de experiência anterior no que se refere aos serviços em questão"*. As irregularidades concentraram-se, portanto, *"não no ato de exigir qualificação técnico-operacional dos licitantes, mas no excesso cometido dentro da margem de discricionariedade da Administração, ao se estabelecer, efetivamente, número máximo de 2 (dois) atestados [...]. De fato, os gestores da Emap não lograram justificar a relação estrita entre os serviços de dragagem e aterro hidráulico e a capacidade operacional das proponentes a ponto de justificar a vedação imposta"*. E concluiu o relator: *"[...] o aproveitamento pelos licitantes de volumes inferiores atinentes a serviços de dragagem no mar e execução de aterro hidráulico, por meio de atestados em número superior a 2 (dois), era perfeitamente possível, desde que atendidas as especificações técnicas dos equipamentos e demais exigências do edital, porquanto não se tratava de serviços únicos, indissociáveis"*. Ao final, manifestou-se no sentido de que fosse dado provimento ao recurso interposto pelo ex-Presidente da Comissão Central de Licitação da Emap, no que foi acompanhado pelos seus pares. Precedentes citados: Decisões n.os 285/2000, 1.288/2002, 1.618/2002; e Acórdãos n.os 1.917/2003, 1.284/2003, 1.631/2007, 2.014/2007, todos do Plenário; e Acórdão n.º 2.104/2009-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 329/2010-Plenário, TC-007.296/2008-0, rel. Min. Augusto Nardes, 03.03.2010.***

Concorrência para execução de obras de dragagem: 2 - Exigência, para fim de qualificação técnico-operacional, de quantitativos mínimos em atestados

Outra irregularidade envolvendo as obras de dragagem do Porto do Itaqui/MA foi a exigência, no edital da Concorrência n.º 77/2005, *"de capacidade técnico-operacional por meio de atestados que comprovassem experiência anterior na execução de expressivos volumes de material dragado sem embasamento em justificativas técnicas [...]."*. Os recorrentes buscaram evidenciar, por meio de relato dos fatos à época e segundo as suas atribuições na Emap, que não contribuíram para a consumação da ocorrência. Argumentaram que, pela natureza de seus cargos, não era razoável responsabilizá-los por atos envolvendo aspectos técnicos. Para o relator, os recorrentes *"não agregam elementos para rebater a questão central levantada no relatório de auditoria, qual seja, a ausência de justificativa plausível para se exigir que os*

licitantes apresentassem quantidades mínimas da ordem de 70% e 77% para os itens de aterro hidráulico e dragagem de argila siltosa, respectivamente, o que se mostrou desarrazoado e em desacordo com a norma legal". De fato, acrescenta o relator, *"não era razoável que deles se exigisse conhecimento especializado em determinada área. Ocorre que a simples leitura, sem maiores conhecimentos acerca dos serviços, era suficiente para se atestar que as exigências de quantitativos mínimos eram excessivas, com sérios riscos à competitividade da licitação. Mesmo admitindo que a decisão envolvia questões alheias à esfera de conhecimento dos gestores, tal fato não os isentava do dever de exigir justificativas e elementos técnicos contundentes que lhe permitissem qualquer tomada de decisão"*. Correto, a seu ver, *"o entendimento perfilhado na decisão original, ocasião em que foi possível verificar nexo de causalidade entre as exigências de qualificação técnico-operacional e as condutas dos gestores e o reduzido número de propostas válidas (duas) em face de cerca de 20 (vinte) empresas interessadas"*. Quanto a essa irregularidade, portanto, não deveriam ser acolhidos os argumentos recursais apresentados pelo ex-Diretor Presidente e pelo ex-Diretor de Engenharia da Emap. O Plenário acolheu a manifestação do relator. ***Acórdão n.º 329/2010-Plenário, TC-007.296/2008-0, rel. Min. Augusto Nardes, 03.03.2010.***

Licitação para contratação de serviços de TI: 1 - Fixação, no edital, de valores mínimos para os salários dos profissionais indicados pela empresa para executar os serviços contratados

Nas licitações visando à contratação de serviços de TI mediante alocação de postos de trabalho ou por outra modalidade assemelhada à simples terceirização de pessoal, a administração pública deverá observar, como regra, a proibição de fixar, no edital, valores mínimos para os salários do pessoal, conforme o conteúdo do art. 40, X, da Lei n.º 8.666/1993, facultando-se ao gestor, excepcionalmente, na hipótese de não estar sujeito ao art. 6º, II, da IN SLTI/MPOG n.º 4/2008, estabelecer, em face de comprovado risco de aviltamento salarial, limite inferior para o custo da mão de obra, justificando-se o parâmetro mínimo escolhido no processo administrativo pertinente, assim como a estrutura remuneratória que serviu de base à elaboração do orçamento básico da licitação, a qual deverá mostrar-se compatível com a qualidade esperada dos serviços pretendidos. Com base nesse entendimento, o Plenário considerou parcialmente procedente representação formulada ao TCU contra atos praticados no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). Três das irregularidades suscitadas seriam, na verdade, desdobramento de um único fato, qual seja, a fixação, no ato convocatório, dos salários a serem observados para os profissionais contratados pela empresa, o que teria implicado a desclassificação da autora da representação que, na oportunidade, apresentara o menor preço. De acordo com a representante, essa prática *"não estaria observando o entendimento desta Corte adotado, por exemplo, nos Acórdãos 2.144/2006, 2003/2005 e 481/2004, todos do Plenário, segundo o qual não é possível a fixação de remuneração mínima a ser paga aos profissionais que vierem a ser contratados, ressalvados os pisos remuneratórios estabelecidos por acordos coletivos de trabalho, evitando assim a adoção de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993"*. Em seu voto, o relator destacou que *"o sentido teleológico desse dispositivo consiste visivelmente em impedir que o administrador inviabilize a competição licitatória, impondo um limite mínimo para o parâmetro de julgamento das propostas, que normalmente é o preço"*. Por outro lado, *"nas licitações em que o objeto pretendido é altamente intensivo em mão de obra, como acontece com os serviços de TI, há o risco evidente de a competição licitatória exacerbar-se ao ponto de tornar a execução desse mesmo objeto, senão inexequível, ao menos comprometida em sua qualidade."*. Não é só o princípio da eficiência, insculpido no art. 37, **caput**, da Constituição Federal, que obriga a consideração desse fato, ressaltou o relator. Para ele, a própria Lei n.º 8.666/93, em seu art. 44, § 3º, veda que se admitam propostas contendo salários incompatíveis com o mercado. Ressaltou, ainda, que quando da prolação do Acórdão n.º 614/2008-Plenário, foi eleita a tese da possibilidade da fixação de preço mínimo para a mão de obra. Segundo ali estabelecido, *"as licitações para contratação de serviços de TI baseada na alocação de postos de trabalho deverão observar rigorosamente as disposições do acordo coletivo de trabalho eventualmente firmado pela respectiva categoria profissional. Apenas nos casos de contratações baseadas na entrega de produtos ou de resultados, à semelhança de obras, a estipulação desses limites mínimos estará vedada"*. *"De minha parte"*, frisou o relator, *"tenho emprestado apoio à tese da possibilidade de fixação de mínimos salariais, essencialmente porque considero importante para o bom andamento dos serviços públicos que o gestor tenha condições de influir no padrão remuneratório a ser praticado no futuro contrato. Não há dúvida de que o nível salarial da equipe contratada interfere diretamente na qualidade do serviço prestado, na mesma medida com que todos os bens e serviços da economia são precificados pela sua maior ou menor qualidade. No caso dos contratos de prestação de serviços, seria reduzida a capacidade de a fiscalização exigir profissionais mais experientes e qualificados, plenamente aptos ao trabalho no serviço público, se não*

houver estrutura remuneratória compatível com esses requisitos e com o próprio regime remuneratório do órgão público". Entre outras providências, decidiu o Tribunal determinar ao MDS que *"em futuras licitações de serviços de tecnologia da informação, observe a nova jurisprudência do Tribunal sobre a matéria e as orientações contidas no item 9.4 do Acórdão 786/2006-Plenário, no item 9.2 do Acórdão 1.707/2005-Plenário, com a redação dada pelo item 9.2 do Acórdão 2.138/2008-Plenário, bem como nos subitens 9.2.1 a 9.2.6 do Acórdão 2.471/2008-Plenário"*. ***Acórdão n.º 332/2010-Plenário, TC-023.780/2007-8, rel. Min. Augusto Nardes, 03.03.2010.***

Licitação para contratação de serviços de TI: 2 - Possibilidade de a contratada pagar ao seu profissional salário inferior ao constante da proposta de preços apresentada na licitação

Outra questão discutida nos autos envolvia a previsão de o MDS reservar-se o direito de remunerar cada posto de trabalho, durante a execução do contrato, de acordo com o salário efetivamente pago pela contratada ao profissional ocupante do posto, limitando-se o pagamento ao valor constante da proposta de preços oferecida na licitação. O MDS defendeu-se alegando que, com essa regra, procurou preservar os melhores interesses da Administração, uma vez que a empresa poderia apresentar profissional perfeitamente qualificado para o trabalho, sem qualquer óbice do órgão ao seu aproveitamento, apenas recebendo remuneração menor do que a prevista na proposta. Nesse caso, *"o valor da fatura deveria ser reduzido da diferença"*. O entendimento da unidade técnica do TCU, no entanto, era de se incluir, no edital e no contrato, cláusula que obrigasse a contratada a pagar aos seus funcionários a exata remuneração informada na proposta oferecida na licitação, sob pena de aplicação das penalidades contratuais. Para o relator, a proposta da unidade instrutiva mostrava-se, sim, coerente. De fato, *"se é intenção da administração ao impor limite mínimo aos salários ofertados atrair profissionais com qualificação compatível e, ao mesmo tempo, propiciar nível remuneratório em patamar aproximado ao do serviço público, não haveria qualquer razão para permitir que a contratada praticasse política salarial inferior"*. No entanto, pareceu-lhe mais defensável e prudente o procedimento adotado pelo MDS, por duas razões principais, além da vantagem econômica. Em primeiro lugar, *"pela sistemática da redução da fatura, a contratada não se sentirá estimulada a pressionar para baixo o salário dos seus empregados para auferir indevidamente a diferença em relação ao salário da proposta"*. Em segundo lugar, *"pode realmente haver situações excepcionais e, provavelmente, pontuais, que conduzam a um salário menor do que a proposta, sem perda de qualificação profissional e qualidade do trabalho"*. Perfilhando o entendimento do relator, decidiu o Plenário determinar ao MDS que *"na fiscalização da execução dos contratos sob sua responsabilidade, em que se tenha estabelecido piso salarial mínimo, certifique-se de que a contratada vem remunerando os prestadores de serviço, no mínimo, de acordo com a tabela constante de sua proposta na licitação ou procedimento seletivo, descontando do valor das faturas os casos justificados de pagamento a menor verificados"*. ***Acórdão n.º 332/2010-Plenário, TC-023.780/2007-8, rel. Min. Augusto Nardes, 03.03.2010.***

Observância da Lei n.º 8.666/93 pelas estatais exploradoras de atividade econômica

É obrigatória a observância, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, das disposições contidas na Lei n.º 8.666/93 nas contratações que envolvam sua atividade-meio, sendo, portanto, nessas situações, irregular o acréscimo contratual superior aos limites legais estabelecidos, permitido apenas em casos excepcionais, e desde que atendidos os requisitos elencados na Decisão n.º 215/99-Plenário. Com base nesse entendimento, esposado pelo relator em seu voto, o Plenário negou provimento a pedido de reexame interposto contra o Acórdão n.º 233/2001, por meio do qual o colegiado, apreciando relatório de auditoria realizada na Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) nas áreas de publicidade e propaganda, aplicou multa aos responsáveis em razão de não terem sido elididas irregularidades levantadas, entre elas a *"infringência ao art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, bem assim ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, em decorrência da majoração dos valores originais dos contratos muito acima do limite de 25%, fixado pela referida legislação, para acréscimos nos serviços contratados [...]."*. Ao tratar do tema referente à edição da Lei n.º 9.478/97 e do Decreto n.º 2.745/98, os quais, segundo a Petrobras, teriam deixado de sujeitar a empresa ao disciplinamento da Lei n.º 8.666/93, destacou o relator que as instruções elaboradas no âmbito da unidade técnica *"abordaram de modo escorreito e cristalino a questão, demonstrando, de forma inequívoca, que o art. 67 da Lei nº 9.478/1997 transferiu a competência privativa do legislativo, de tratar matéria concernente a licitações e contratos na administração indireta, para o executivo federal, em afronta ao disposto nos arts. 22, inciso XXVII, e 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal. E decreto versando sobre tal assunto poderia, no máximo, ter caráter regulamentador, jamais conflitante com a norma maior, disciplinadora da matéria específica, no caso, a Lei*

nº 8.666/1993”. Ressaltou, ainda, o Acórdão n.º 1.125/2007-Plenário, por meio do qual teria sido firmado o *“entendimento de que até a edição de lei dispondo sobre licitações e contratos das empresas estatais e sociedades de economia mista (a norma prevista no parágrafo primeiro do art. 173 da CF/1988), tais entidades devem observar os preceitos da Lei nº 8.666/1993 (art. 1º, parágrafo único) e os princípios gerais e regras da Administração Pública”*. Acerca do argumento recursal de que, quando o Estado atua como empresa privada, não se aplicaria o limite de 25%, imposto aos acréscimos de serviços na forma do art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, enfatizou o relator que a matéria já foi discutida quando da prolação do Acórdão n.º 121/98-Plenário, oportunidade em que se decidiu não haver obrigatoriedade de a Petrobras Distribuidora realizar licitação para a contratação de transportes que guardem vínculo com a atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo a obrigatoriedade de licitar em relação às atividades-meio. Considerando que serviços de publicidade e propaganda *“referem-se a atividades-meio da empresa”*, para o relator não restariam dúvidas de que *“a contratação de tais serviços está integralmente sujeita aos mandamentos da Lei nº 8.666/1993”*. E arrematou: *“[...] ainda que se considerasse válido o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras (aprovado em 24/8/1998), ele não existia à época das sucessivas prorrogações contratuais. Assim, não poderia a empresa socorrer-se de tal normativo, dado o impeditivo temporal (**tempus regit actum**). Ademais, vale acrescentar que o próprio regulamento da Petrobras veda o acréscimo contratual acima de 25 % do valor atualizado da avença”*. Diante desse cenário, não haveria *“justificativa plausível para acréscimos contratuais de tal monta, como também não há falar em fato superveniente defluindo dificuldade imprevista ou imprevisível, de modo a autorizar a aplicação do entendimento consignado na Decisão nº 215/1999 – Plenário, que faculta à Administração ultrapassar os limites do art. 65 da Lei de Licitações[...] nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços”*. Outros precedentes citados: Decisão n.º 663/2002 e Acórdãos n.os 29/2004 e 2.066/2004, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 318/2010-Plenário, TC-004.583/1998-1, rel. Min. Augusto Nardes, 03.03.2010.***

Juízo de admissibilidade da intenção de recurso manifestada pelo licitante na sessão do pregão

Representação oferecida ao TCU apontou supostas irregularidades perpetradas pela Superintendência Regional, no Estado da Paraíba, do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT/PB), no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 713/2009, que tinha por objeto a prestação de *“serviços de limpeza, higienização e conservação nas dependências do prédio da Sede da Superintendência Regional/PB e nas Unidades Locais de Campina Grande, Santa Rita e Patos, com fornecimento de materiais, equipamentos e mão-de-obra”*. Em seu voto, o relator entendeu que restaram comprovadas as seguintes irregularidades no aludido certame, já suspenso por medida cautelar do próprio Tribunal: a) previsão editalícia de envio da proposta final vencedora por fac-símile; b) falta de disponibilização aos demais licitantes dos documentos de classificação e habilitação da vencedora; e c) rejeição de todas as intenções de recurso formuladas pelos licitantes. Para ele, de maior gravidade teria sido a *“rejeição pelo pregoeiro, sem amparo legal, de todas as intenções de recurso formuladas pelos licitantes”*, o que tornaria necessária a *“anulação dos respectivos atos ilegais praticados, bem como dos atos subsequentes”*. Dessa forma, caso o DNIT/PB desejasse dar prosseguimento ao pregão, suspenso cautelarmente, deveria *“retornar à fase de recursos, indevidamente suprimida do certame”*. Quanto às demais irregularidades, considerando que não trouxeram prejuízo à licitação, concluiu ser suficiente a formulação de determinações. Acompanhando o relator, decidiu o Plenário fixar prazo para o DNIT/PB proceder à anulação dos atos que rejeitaram as intenções de recurso dos licitantes, bem como dos atos subsequentes, sem prejuízo de determinar à entidade que nas licitações na modalidade pregão eletrônico: i) *“exija, no edital de licitação, a remessa da proposta e, quando for o caso, de seus anexos, exclusivamente por meio eletrônico, via internet”*, em observância ao inciso II do art. 13 do Decreto n.º 5.450/2005, *“bem como, no caso de contratação de serviços comuns em que a legislação ou o edital exija apresentação de planilha de composição de preços, a remessa por meio eletrônico, com os respectivos valores readequados ao lance vencedor”*, em observância ao § 6º do art. 25 do Decreto n.º 5.450/2005; ii) *“oriente seus pregoeiros a disponibilizarem aos demais licitantes, tão logo declarado o vencedor, toda documentação apresentada por este, notadamente no que pertine à proposta e à habilitação, a fim de possibilitar, se for o caso, a motivação de eventuais intenções de recurso e a fundamentação desses recursos, dando-lhes ciência, via sistema no caso de pregão eletrônico, do local onde se encontre a aludida documentação”*, em cumprimento ao art. 26, **caput**, do Decreto n.º 5.450/2005, c/c o art. 109, § 5º, da Lei n.º 8.666/93; e iii) *“oriente seus pregoeiros, ao procederem ao juízo de admissibilidade das intenções de recurso manifestadas pelos licitantes nas sessões públicas (pregão eletrônico ou presencial), que busquem verificar tão somente a presença dos pressupostos recursais, ou seja, sucumbência, tempestividade,*

legitimidade, interesse e motivação, abstendo-se de analisar, de antemão, o mérito do recurso”, nos termos do art. 4º, XVIII, da Lei n.º 10.520/2002, c/c o art. 11, XVII, do Decreto n.º 3.555/2000 (pregão presencial), e do art. 26, **caput**, do Decreto n.º 5.450/2005 (pregão eletrônico). ***Acórdão n.º 339/2010-Plenário, TC-000.100/2010-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 03.03.2010.***

Exigência, para fim de qualificação técnica, restritiva ao caráter competitivo da licitação
Representação formulada ao TCU indicou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 488/2009, lançado pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A. com vistas à contratação de empresa para fornecimento de uma rede digital, para comunicação de dados e voz com gerenciamento pró-ativo e fornecimento de equipamentos necessários para a integração de quarenta agências remotas, localizadas no interior do Estado do Amazonas, com o Centro de Processamento de Dados da Amazonas Energia, na cidade de Manaus. Entre as irregularidades suscitadas, constava possível restrição à competitividade, devido à exigência de que a contratada dispusesse de centro de controle e comunicação espacial localizado no Brasil. Em seu voto, observou o relator que *“a questão da restrição à competitividade não foi devidamente esclarecida pelos responsáveis. De fato, a análise da legislação aplicável à matéria, realizada pela Secex/AM, mostra que não há obrigatoriedade de que o centro de controle e comunicação esteja situado no Brasil, tal como exigido pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A. no item 13.26 do anexo III do Edital”*. A inclusão de tal requisito no edital teria sido baseada, segundo os próprios responsáveis, em possível ganho de segurança, uma vez que os centros brasileiros seriam regulamentados diretamente pela Anatel. No entanto, ponderou o relator, *“a Anatel impõe uma série de condições para a utilização de satélites estrangeiros as quais, uma vez satisfeitas, tornam seu uso tão confiável quanto o de satélites brasileiros, não havendo ganho significativo na utilização exclusiva de satélite brasileiro”*. Por outro lado, *“como o número de empresas que operam satélites estrangeiros é seis vezes superior ao das que operam ou representam satélites nacionais, forçoso é reconhecer que o universo das empresas aptas a participar do certame se reduziu significativamente com a condição imposta pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A. Emblemático, a esse respeito, o fato de apenas uma empresa ter apresentado proposta, tendo ofertado o mesmo preço previsto em edital, sem nenhum desconto”*. Para ele, esse fato, por si só, seria suficiente para ensejar a anulação do certame. No entanto, tendo em vista que o pregão já havia sido revogado, deliberou o Plenário, acolhendo proposição do relator, no sentido de determinar à entidade que *“nas próximas licitações envolvendo a contratação de empresa especializada em serviços de telecomunicações de conexão dedicada à Internet, bem como aluguel e manutenção de circuitos de comunicação de dados via satélite para interligação de pontos remotos, se abstenha de incluir, entre os itens de qualificação técnica, a exigência de que a licitante ou seu fornecedor de segmento espacial possua centros de controle e comunicação espacial no Brasil ou opere satélites brasileiros”*. ***Acórdão n.º 346/2010-Plenário, TC-027.584/2009-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 03.03.2010***.

Admissão do *credenciamento* como hipótese de inexigibilidade de licitação
O Comandante do Exército solicitou ao TCU orientação acerca da viabilidade jurídica da celebração de convênio de cooperação entre o Exército Brasileiro e a Agência de Desenvolvimento Sustentável do Estado do Amazonas (ADS), com vistas à aquisição de gêneros alimentícios diretamente dos produtores rurais, cooperativas e associações, cadastrados pela referida agência, que seriam contratados diretamente, por inexigibilidade de licitação. Os produtos adquiridos seriam destinados, em especial, ao Comando da 12ª Região Militar, responsável pelo suprimento de gêneros para as organizações militares distribuídas na Amazônia Ocidental (Roraima, Amazonas, Acre e Rondônia), totalizando 96 unidades do Exército, inclusive aquelas localizadas ao longo de 11.600 Km do perímetro Norte e Noroeste do Brasil, totalizando um efetivo em torno de 20.000 militares, cujo abastecimento vem sendo feito com dificuldades. Para o relator, a solicitação formulada ao Tribunal não atendia aos requisitos de admissibilidade para ser conhecida como “consulta”. Não obstante, considerou pertinente, ante a relevância da matéria, fossem prestadas ao interessado, excepcionalmente, sem caráter de prejulgamento de tese, as seguintes informações: **1ª)** *“é juridicamente viável a celebração de convênio de cooperação com vistas ao fornecimento de produtos regionais para os pelotões de fronteira, pois, presente o interesse do Exército, configura-se a mútua colaboração, a fim de, como garantia da soberania e da defesa nacional, proporcionar à população circunvizinha das unidades inserção na economia local, havendo, portanto, um interesse público em promover seu desenvolvimento, fundamentalmente no que se refere à estratégia militar pensada para a região”*; **2ª)** *“não se afigura legítima a contratação por inexigibilidade de licitação para as unidades do Exército situadas nas cidades em que não exista dificuldade de acesso a suprimentos alimentícios, pois*

nestas localidades a estratégia militar invocada não teria lugar, representando simples aquisição de alimentos"; **3ª)** *"embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no* ***caput*** *do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão"*; **4ª)** *"na hipótese de opção pelo credenciamento dos agricultores que formarão a rede de suprimento de gêneros para as organizações militares distribuídas na Amazônia Ocidental, deve ser observado que, para a regularidade da contratação direta, é indispensável a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido*"; e **5ª)** *"é possível à Administração realizar a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, desde que haja a demonstração inequívoca de que suas necessidades somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei n.º 8.666/1993, principalmente no que concerne à justificativa de preços*". ***Acórdão n.º 351/2010-Plenário, TC-029.112/2009-9, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 03.03.2010***.

Princípio da vinculação ao instrumento convocatório x princípio do formalismo moderado

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência Internacional n.º 004/2009, promovida pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) com vistas à contratação de serviços de fornecimento de oito Veículos Leves Sobre Trilhos – VLTs, para a Superintendência de Trens Urbanos de Maceió. Após terem sido considerados habilitados os dois participantes do certame (um consórcio e uma empresa), o consórcio interpôs recurso, por entender que a empresa teria descumprido a exigência editalícia quanto ao registro ou inscrição na entidade profissional competente, ao apresentar "Certidão de Registro e Quitação de Pessoa Jurídica", emitida pelo CREA/CE, inválida, *"pois continha informações desatualizadas da licitante, no que concerne ao capital e ao objeto social"*. Após examinar as contrarrazões da empresa, a comissão de licitação da CBTU decidiu manter a sua habilitação, sob o fundamento de que a certidão do CREA *"não tem o fito de comprovação de capital social ou do objeto da empresa licitante, o que é realizado mediante a apresentação do contrato social devidamente registrado na Junta Comercial"*. Para o representante (consórcio), o procedimento adotado teria violado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois a comissão de licitação habilitara proponente que *"apresentou documento técnico em desacordo com as normas reguladoras da profissão, sendo, portanto, inválido, não tendo o condão de produzir qualquer efeito no mundo jurídico"*. Cotejando o teor da certidão emitida pelo CREA/CE em favor da empresa habilitada, expedida em 05/03/2009, com as informações que constavam na "18ª Alteração e Consolidação de Contrato Social" da aludida empresa, datada de 30/07/2009, constatou o relator que, de fato, *"há divergências nos dados referentes ao capital social e ao objeto"*. No que tange ao capital social, *"houve alteração de R$ 4.644.000,00 para R$ 9.000.000,00"*, e no tocante ao objeto, *"foi acrescentada a fabricação de veículos ferroviários ou sobre pneus para transporte de passageiros ou cargas, bem como a sua manutenção, assistência técnica e operação"*. Ponderou o relator que embora tais modificações não tenham sido objeto de nova certidão, seria de rigor excessivo desconsiderar o efetivo registro da empresa no CREA/CE, entidade profissional competente, nos termos exigidos no edital e no art. 30, I, da Lei n.º 8.666/93, até porque tais modificações *"evidenciam incremento positivo na situação da empresa"*. Acompanhando a manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de considerar a representação improcedente. ***Acórdão n.º 352/2010-Plenário, TC-029.610/2009-1, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 03.03.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Alcance da expressão "desenvolvimento institucional", prevista no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93

Entre as irregularidades identificadas nas contas da Universidade Federal do Ceará (UFC), relativas ao exercício de 2006, estava a dispensa de licitação efetivada com vistas à contratação de fundação de apoio para a prática de atos administrativos de competência exclusiva da universidade, que não se confundiam com atividades relacionadas a ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, científico e tecnológico da entidade contratante, pressuposto para a contratação direta fundada no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93. Em seu voto, observou o relator que o TCU, ciente da amplitude inadequadamente conferida pelas instituições federais de ensino superior (Ifes) à expressão "desenvolvimento institucional", determinou ao Ministério da Educação, por meio do Acórdão n.º 2.731/2008-Plenário, que instituísse ato normativo regulamentando o relacionamento daquelas instituições com suas fundações de apoio, de modo a evitar contratações diretas

envolvendo objetos que não se enquadrassem naquele conceito. Acolhendo proposição do relator, deliberou a Segunda Câmara no sentido de determinar à Universidade Federal do Ceará que *"exija que as contratações relativas a projetos classificados como de desenvolvimento institucional impliquem produtos que resultem em melhorias mensuráveis da eficácia e eficiência no desempenho da universidade, com impacto evidente em sistemas de avaliação institucional do Ministério da Educação e em políticas públicas plurianuais de ensino superior com metas definidas, evitando enquadrar nesse conceito atividades tais como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, aquisições e serviços na área de informática, expansões vegetativas ou de atividades de secretariado, serviços gráficos e reprográficos, telefonia, tarefas técnico-administrativas de rotina, como a realização de concursos vestibulares, e que, adicionalmente, não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da universidade"*, bem como *"não transfira, para as fundações de apoio, recursos destinados à execução de obras ou serviços de engenharia, tendo em vista o não enquadramento desta atividade no conceito de desenvolvimento institucional, nos termos da jurisprudência firmada por este tribunal de contas"*. ***Acórdão n.º 730/2010-2ª Câmara, TC-020.225/2007-5, rel. Min. Aroldo Cedraz, 02.03.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 9 e 10 de março de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Concorrência para prestação de serviços: 1 - Observância, na formulação da proposta, dos preços máximos fixados no edital

Representação formulada ao TCU apontou indícios de irregularidades na Concorrência n.º 41/2003, conduzida pela Companhia Energética do Piauí (Cepisa), que teve por objeto a prestação de serviços de manutenção corretiva e preventiva, em redes de distribuição e no sistema de iluminação pública de distribuição, das unidades consumidoras localizadas nas zonas urbanas e rurais e municípios circunvizinhos, do Estado do Piauí. Entre as possíveis irregularidades, estaria a ausência de desclassificação das propostas das licitantes que apresentaram, em todos os lotes, preços acima do valor máximo estipulado no projeto básico constante do edital, contrariando o art. 48, II, c/c o art. 40, X, da Lei n.º 8.666/93. Foram ouvidos em audiência tanto os integrantes da Comissão de Licitação da Cepisa, responsáveis pela condução da licitação, quanto os membros da Diretoria Executiva da Companhia, responsáveis pela homologação da concorrência e posterior contratação de empresas para a execução de serviços em quatro lotes. Em seu voto, o relator ressaltou haver se deparado com questionamento semelhante quando da prolação do Acórdão n.º 1768/2008-Plenário, qual seja, desrespeito ao preço máximo estabelecido no projeto básico da Concorrência n.º 18/2004-Cepisa, mas com uma diferença significativa: *"Enquanto na Concorrência nº 18/2004 os valores anuais foram estimados, o que deu margem para que os licitantes apresentassem preços superiores sem que isso provocasse, de imediato, a sua desclassificação; na Concorrência nº 41/2003, o Projeto Básico fixou não só o valor anual máximo, como também o valor limite do preço do serviço de cada homem-hora normal"*. Em virtude da fixação de valor máximo anual de contratação e de homem-hora, o relator entendeu que não poderia a comissão de licitação admitir proposta com valores superiores aos estabelecidos no projeto básico. Quanto às justificativas dos dirigentes da Cepisa, concluiu que elas não foram capazes de elidir as irregularidades apontadas, e que a responsabilidade deles somente poderia ser afastada se tivessem tomado providências no sentido de promover as devidas modificações no projeto básico e no edital da concorrência, de forma a contemplar os aumentos de custos decorrentes das modificações dos preços de mercado, referentes ao pagamento de mão de obra (aumento do salário mínimo e do Piso Salarial da Categoria dos

Eletricitários - PSC). Acompanhando o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de aplicar multa aos responsáveis. ***Acórdão n.º 413/2010-Plenário, TC-020.338/2006-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.03.2010.***

Concorrência para prestação de serviços: 2 - Preços de mercado superiores aos constantes do orçamento

Quanto à proposta da unidade técnica de que fosse feita determinação à Cepisa para instaurar tomada de contas especial, entendeu o relator que, mesmo diante da extrapolação dos preços máximos fixados, não seria o caso. *"A uma, porque o sobrepreço detectado decorreu da falta de atualização dos valores colocados no Projeto Básico, uma vez que a diretoria da empresa deveria ter levado em conta, antes da abertura do certame, preços de mercado consentâneos com o aumento do salário mínimo e do Piso Salarial da Categoria dos Eletricitários – PSC; a duas, porque, a obrigação de verificar a observância, por parte das empresas licitantes, do preço máximo do homem-hora era da Comissão de Licitação, que optou por aceitar os preços propostos, mesmo estando acima do patamar máximo contido no Projeto Básico; a três, porque a despeito da cotação do valor da mão-de-obra ter sido feita com valores mais elevados, não há notícias de problemas quanto à regular execução dos serviços contratados, o que demandou o regular pagamento, para fins de cumprimento das obrigações assumidas contratualmente"*. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 413/2010-Plenário, TC-020.338/2006-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.03.2010.***

Observância de procedimentos para rescisão contratual

Mediante o Acórdão n.º 2.075/2006-Plenário, proferido em processo de representação sobre possíveis irregularidades perpetradas pela Casa da Moeda do Brasil quando da contratação de *"solução integrada para rastreamento e controle da produção de cigarros no território nacional"*, o Tribunal decidiu, entre outras medidas, aplicar multa ao ex-presidente da entidade *"em razão da temerária rescisão unilateral do contrato celebrado com a Sicpa, gerando potenciais riscos de prejuízo ao erário, em flagrante contrariedade ao interesse público, e afrontando o art. 50 da Lei nº 9.784/99"*. Contra o aludido acórdão, foi interposto pedido de reexame, por meio do qual intentava o recorrente transferir para os Conselhos de Administração e Fiscal da Casa da Moeda do Brasil a responsabilidade pela rescisão do contrato, além de afirmar que o ato não causara dano ao erário, tendo sido praticado de acordo com a Lei n.º 8.666/93. Em seu voto, observou o relator que, ao sugerir a revisão do contrato, *"o Conselho de Administração estava unicamente preocupado em regularizar uma situação que considerava em desacordo com a lei, visto que a contratação da Sicpa foi por inexigibilidade de licitação, quando outras empresas do mercado já se apresentavam capazes de executar o objeto contratado"*. Para o relator, *"o referido conselho não pensou nas implicações que poderiam advir da substituição imediata da firma, coisa que cabia ao gestor da Casa da Moeda do Brasil, ao aplicar em concreto a orientação"*. Destacou, ainda, que o recorrente contrariou os termos da Lei n.º 8.666/93, especialmente os arts. 78 e 79, *"ao não seguir as hipóteses previstas de rescisão; não conceder à contratada a oportunidade de contraditório e ampla defesa; não levar em conta o dever de indenizar a empresa e não motivar formalmente a rescisão"*. Ao final, enfatizou que *"o dano maior só não foi concretizado graças à intervenção da Justiça Federal, que mandou a Casa da Moeda do Brasil retomar o contrato [...]. De todo modo, por certo que a entidade incorreu em custos ao ter de enfrentar a demanda judicial"*. Referendando o voto do relator, decidiu o Plenário negar provimento ao recurso. ***Acórdão n.º 422/2010-Plenário, TC-013.895/2005-6, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.03.2010.***

Arrendamento para construção e exploração de instalação portuária sem prévia licitação

Consulta formulada ao TCU versou sobre a *"possibilidade de serem realizados investimentos privados, em situações emergenciais ou de urgência, com posterior realização de procedimento licitatório para concessão de arrendamento, onde a empresa vencedora ficaria incumbida de promover a indenização dos investimentos realizados, caso a empresa investidora não se sagrasse vencedora do certame"*. O consulente defendeu a necessidade de *"investimentos em superestrutura para atendimento de safra de grãos agrícolas e o começo imediato das obras atenderia ao interesse público em menor prazo"*. Em seu voto, o relator afirmou que a Lei n.º 8.630/93, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, é taxativa ao dispor: *"Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: I - de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, <u>sempre através de licitação</u>, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;"* Da mesma forma, destacou a precisão do Decreto n.º 6.620/2008, que, entre outros assuntos,

disciplina o arrendamento de instalações portuárias, estabelecendo que: *"Art. 25. (...) § 2º As instalações portuárias incluídas no programa de arrendamento de instalações portuárias serão arrendadas mediante licitação, por iniciativa da administração do porto ou a requerimento do interessado. [...] Art. 29. O arrendamento de instalação portuária operacional observará que: [...] IV - o procedimento administrativo de licitação para o arrendamento de instalações portuárias rege-se pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pela Lei nº 8.987, de 1995;"*. Por derradeiro, ressaltou que o art. 24 da Lei n.º 8.666/93 enumera exaustivamente os casos em que a licitação é dispensável, não sendo, pois, possível *"enquadrar a pretensão"* do consulente *"em qualquer das situações previstas naquele dispositivo"*. Reforçou o entendimento da unidade técnica de que *"[...] na hipótese levantada pelo interessado, haveria a construção de superestrutura sem licitação. Com isso, no posterior processo licitatório para arrendamento, os custos da obra já executada bem como o lucro da empresa construtora já estariam preestabelecidos. Assim, as demais licitantes teriam de assumir tais ônus. Essa situação poderia favorecer a empresa construtora da superestrutura ou impedir as demais licitantes de oferecer possíveis propostas mais vantajosas para a Administração."*. Acrescentou, ainda, que esse tipo de contratação também merece repúdio *"por conceder privilégios a determinada empresa, uma vez que somente ela, e nenhum outro competidor do mercado, participa da negociação e conhece as condições de execução da obra"*. Acompanhando o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de esclarecer ao interessado que: **1)** *"por imposição do art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.630/1993 c/c o art. 25 do Decreto nº 6.620/2008, a construção, reforma, ampliação, melhoramento, arrendamento e exploração de instalação portuária dentro da área de porto organizado depende de contrato de arrendamento, sempre através de licitação, que se rege pela Lei nº 8.666/1993 e pela Lei nº 8.987/1995"*; **2)** *"o art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 lista exaustivamente as situações que dão causa a dispensa de licitação"*; **3)** *"a necessidade de impor maior rapidez ao início das obras de construção de superestrutura para escoamento de safra de grãos não encontra amparo na Lei nº 8.666/1993 para dispensa do procedimento licitatório"*; **4)** *"não é possível realizar arrendamento para construção e exploração de instalação portuária por empresa privada sem o prévio processo licitatório, onde a empresa vencedora de posterior licitação ficaria incumbida de promover a indenização dos investimentos realizados, caso a empresa investidora não se sagrasse vencedora do certame"*. Precedente citado: Acórdão n.º 1317/2009-Plenário. ***Acórdão n.º 420/2010-Plenário, TC-027.190/2009-6, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.03.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Aquisição de *toner* da mesma marca do fabricante da impressora, como condição para a manutenção da garantia do equipamento

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 113/2008, realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE/PR), que tinha por objeto a aquisição de *toners* para *fax* multifuncional da marca Xerox, original do fabricante do equipamento. Suscitou-se, basicamente, possível restrição ao caráter competitivo da licitação, em razão da exigência de marca na aquisição de *toner* pelo TRE/PR, contrariando o art. 15, § 7º, I, da Lei n.º 8.666/93. Em seu voto, afirmou o relator que o TCU vem se manifestando pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundada em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor. No caso concreto, o relator entendeu que houve a devida justificativa técnica e econômica para a exigência da marca, com vistas à manutenção da garantia do fornecedor. Conforme razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, fundadas em análise do setor técnico do TRE/PR, *"caso fosse perdida a garantia contratual de 36 meses, em razão da instalação de toners de outras marcas, o prejuízo estimado decorrente de um novo contrato de manutenção das 270 impressoras recém-adquiridas poderia superar o valor de R$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais) no período de três anos, informações essas baseadas em anteriores contratos de manutenção de impressoras daquele órgão"*. Ponderou, também, que a documentação juntada aos autos atestou que, não obstante a exigência de marca, participaram do certame diversas empresas que apresentaram seus valores unitários para o *toner* especificado no edital, *"propiciando redução do valor contratado em relação ao valor do produto inicialmente estimado pela Administração do TRE/PR, havendo assim efetiva competição entre distintos fornecedores da aludida marca e redução de custos para aquele órgão"*. Enfatizou, por fim, a participação no certame de empresas que ofertaram *toners* de outras marcas que não a do fabricante das impressoras, com valores unitários significativamente acima do valor final contratado pelo TRE/PR para os *toners* originais da marca Xerox. Acolhendo proposta do relator, decidiu a Primeira Câmara considerar improcedente a representação. Precedentes citados: Decisão n.º 664/2001-Plenário, Acórdão n.º 1.334/2006-1ªCâmara, Acórdão n.º 1.685/2004-2ªCâmara e Acórdãos n.os 1.010/2005 e 1.916/2009, ambos

do Plenário. ***Acórdão n.º 1122/2010-1ª Câmara, TC-033.420/2008-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.03.2010.***

SEGUNDA CÂMARA

Observância da Lei n.º 8.666/93 nas contratações com recursos do Sistema "S" transferidos mediante convênio

Ao apreciar tomada de contas especial, originada de processo de representação versando sobre possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Sergipe (SEBRAE/SE), apontou a unidade técnica irregularidades graves na execução do Convênio n.º 18/04, firmado entre o Sebrae/SE e a Câmara de Diretores Lojistas de Aracaju (CDL) com o objetivo de subsidiar a participação de lojistas de Aracaju na 45ª Convenção Nacional do Comércio Lojista, realizada no Rio de Janeiro. Entre as irregularidades perpetradas pela CDL, mereceu destaque *"a contratação de empresa prestadora de serviços sem licitação, cujo sócio majoritário é parente do presidente da convenente"*. Preliminarmente, caberia *"perquirir se o convenente que celebra convênio com entidades do Sistema "S" estaria obrigado a licitar"*. Para o relator, *"Não há razoabilidade em sustentar a tese de que haveria que licitar nos termos da Lei nº 8.666/93, uma vez que sequer os Serviços Sociais Autônomos assim o fazem. Poder-se-ia sustentar que deveria licitar na forma do Regulamento de Licitações e Contratos. Não obstante, soa demasiado exigir de entidades tão distantes da realidade da Administração Pública a realização de procedimentos licitatórios formais, para os quais não possuem nenhuma expertise"*. Considerando que a transferência de recursos mediante convênio pelo Sistema "S" não transmuda a natureza do recurso público repassado, *"a solução que harmoniza o interesse público, consubstanciado na garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e na seleção da proposta mais vantajosa, com a realidade fática destes convenentes deve ser similar àquela engendrada pelo art. 11 do Decreto nº 6.170/2007"*. Portanto, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos do Sistema "S", transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos, *"deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato"*. Segundo o relator, o caso concreto envolveu a contratação sem prévia licitação – para a realização dos serviços objeto do convênio – de empresa cujo sócio majoritário é irmão do presidente da convenente, em afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Além disso, não houve a devida comprovação nos autos acerca da realização de cotação prévia de preços no mercado. Ante tais irregularidades, concluiu em seu voto que o signatário do convênio e o presidente da CDL – que praticou atos de gestão dos recursos – deveriam ser sancionados com multa, no que foi acompanhado pelos seus pares. ***Acórdão n.º 899/2010-2ª Câmara, TC-016.059/2006-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 09.03.2010.***

Contratação envolvendo instituição federal de ensino superior e sua fundação de apoio: 1 - Dispensa de licitação para a realização de vestibulares e concursos públicos

Ao examinar prestação de contas da Fundação Universidade Federal do Maranhão (FUFMA), relativa ao exercício de 2005, o relator considerou elidida a irregularidade atinente à contratação da Fundação Sousândrade de Apoio ao Desenvolvimento da UFMA para a execução de processos seletivos. Em seu voto, ponderou que, apesar de o Acórdão n.º 1.174/2005-Plenário – no qual se apreciava relatório de monitoramento realizado em cumprimento à decisão que julgou as contas de 1996 da FUFMA – haver determinado àquela entidade que evitasse contratar fundação de apoio para a realização de concursos públicos, uma vez que *"tal atividade não se enquadra nas especificadas no art. 1º da Lei nº 8.958/1994"*, somente em 2006, por meio do Acórdão n.º 1.459/2006, o Pleno *"firmou entendimento específico"* sobre a matéria. Por essa razão, *"apenas contratos firmados após a ciência do Acórdão 1.459/2006-Plenário, e eventualmente irregulares, poderão caracterizar o descumprimento à determinação desta Corte"*. Apesar de não ter qualquer impacto sobre sua posição no caso concreto, o relator aproveitou o ensejo para externar seu entendimento quanto à contratação das fundações de apoio para a realização de concursos e vestibulares de universidades a elas ligadas. Frisou que a tradicional posição do TCU vem sofrendo alguns embates, a exemplo do Acórdão n.º 1.534/2009-1ª Câmara, no qual se defendeu que *"a possibilidade de contratação de fundações de apoio pela Administração, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, para realização de concurso público"* deveria ser estendida às universidades públicas. O relator manifestou sua anuência à tese encampada no voto condutor do Acórdão n.º 1.534/2009-1ª Câmara, no sentido de que *"a realização dos concursos vestibulares das universidades brasileiras é atividade que conforma-se plenamente à natureza das fundações de apoio universitárias, confundindo-se, em alguns casos,*

com a própria razão de ser dessas entidades anômalas”. ***Acórdão n.º 887/2010-2ª Câmara, TC-021.535/2006-4, rel. Min. José Jorge, 09.03.2010.***

Contratação envolvendo instituição federal de ensino superior e sua fundação de apoio: 2 - Necessidade de licitação para a construção de edifícios

Os contratos e convênios celebrados entre as instituições federais de ensino superior e as fundações de apoio devem estar diretamente vinculados a projetos perfeitamente identificáveis nas áreas de efetivo desenvolvimento institucional, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objetos genéricos, desvinculados de projeto específico. Com base nesse entendimento, exarado quando do exame da prestação de contas da Fundação Universidade Federal do Maranhão (FUFMA) relativa ao exercício de 2005, o relator considerou irregular a celebração de convênio com a Fundação Sousândrade para a *“construção de edifícios nos **campi** da UFMA de Imperatriz e de Chapadinha”*, indevidamente fundamentada no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, e com ofensa à Lei n.º 8.958/94. Segundo o relator, a competência para construir *“não poderia mesmo ser atribuída a uma fundação de apoio. Como observado pela unidade instrutiva, não foi a Fundação Sousândrade quem executou as atividades contratadas, tendo ocorrido diversas subcontratações de outras empresas”*. Por unanimidade, a Segunda Câmara acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdão n.º 1.882/2007-Plenário, Acórdão n.º 1.378/2008-1ª Câmara, Acórdãos n.os 1.479/2009 e 2.493/2007, ambos da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 887/2010-2ª Câmara, TC-021.535/2006-4, rel. Min. José Jorge, 09.03.2010.***

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 16 e 17 de março de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Documentos exigidos das empresas contratadas para supervisão de obras

Mediante o Acórdão n.º 1.146/2004-Plenário, foram expedidas diversas determinações ao Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes (Dnit), entre elas a constante do subitem 9.2.1, no seguinte teor: *"anexe a cada medição dos contratos de gerenciamento, supervisão de obras e supervisão e gerenciamento ambiental da duplicação da BR-101, trecho entre Palhoça/SC e Osório/RS, em observância ao art. 55, § 3º, da Lei 8.666/1993, ao art. 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964 e à Decisão 90/2001 - Primeira Câmara - TCU, cópia do contrato de trabalho e das guias de recolhimento de INSS e FGTS de todos os profissionais contratados pelas empresas supervisoras ou gerenciadoras, bem como de documento assinado pelo preposto do Dnit declarando o número de horas semanais de trabalho de cada profissional, acompanhado dos locais e das tarefas executadas por eles durante o referido período de trabalho, além de cópias dos contratos de aluguel de veículos e equipamentos e respectivas faturas;"*. Contra a aludida determinação, foi interposto pedido de reexame, sob o argumento de que a exigência de entrega de cópia dos contratos de trabalho, guias do INSS e do FGTS, devidamente quitadas, bem como dos contratos de aluguel de veículos e dos equipamentos, a cada medição, não estava prevista no edital da licitação que deu origem aos contratos de supervisão da BR-101/SC. Em seu voto, o relator reconheceu que *"as disposições do edital acerca das medições e da comprovação dos serviços efetivamente executados pelas empresas supervisoras das obras*

rodoviárias do Dnit são um tanto amplas”, e que, *“a rigor, os documentos citados na determinação não seriam capazes de comprovar o comparecimento desses funcionários, mas tão somente a contratação dos profissionais pela supervisora”*. Havia ainda outros dois aspectos negativos na exigência. Primeiro, *“ela não assegura maior eficiência da fiscalização da supervisão”* e, segundo, *“a requisição de documentos fiscais-tributários alheios à competência institucional do Dnit, ou de informações de caráter comercial pertencentes à exclusiva órbita privada da empresa poderia ser fonte de questionamentos judiciais perenes”*. Acolhendo o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de dar provimento parcial ao recurso, alterando-se a redação do subitem 9.2.1 do acórdão guerreado, para a seguinte: *“9.2.1. no tocante aos contratos de gerenciamento e supervisão de obras rodoviárias, bem como aos demais contratos de consultoria baseados na disponibilização de profissionais e no fornecimento de veículos e equipamentos, proceda à fiscalização efetiva do cumprimento de todas as obrigações previstas no contrato, e, especialmente, do cumprimento de toda a jornada de trabalho prevista para o pessoal terceirizado, estabelecendo mecanismos de controle do comparecimento do pessoal e fazendo constar das medições ou atestações que fundamentam os processos de pagamento os elementos informativos próprios da carga horária cumprida pela contratada, devendo a autarquia requisitar da contratada, em caráter excepcional, inclusive para fins de comprovação junto à fiscalização eventualmente exercida pelo Tribunal de Contas da União, outros documentos aptos à comprovação do comparecimento do pessoal, do fornecimento dos veículos e dos equipamentos e da execução dos serviços medidos.”*. Precedente citado: ***Acórdão n.º 2.632/2007-Plenário. Acórdão n.º 475/2010, TC-011.994/2003-9, rel. Min. Augusto Nardes, 17.03.2010.***

Aquisição do edital condicionada ao cadastramento do licitante
O Plenário referendou cautelar deferida pelo relator que determinou à Prefeitura Municipal de Chã Preta/AL suspender as Tomadas de Preços n.[os] 1/2010, 2/2010 e 3/2010, em razão de possíveis irregularidades: 1ª) aquisição do edital condicionada ao cadastramento do licitante junto ao município; 2ª) cobrança de R$ 150,00 para o cadastramento, bem como de R$ 150,00 correspondentes aos custos de reprodução; 3ª) não recebimento dos documentos da representante por ocasião do cadastramento, haja vista estarem com autenticação digital e não com firma reconhecida. Em juízo de cognição sumária, o relator considerou ilegal condicionar a aquisição do edital ao prévio cadastramento, uma vez que este, de acordo com o art. 22, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, *“aplica-se somente à participação no certame”*. Sem respaldo também foi a não aceitação dos documentos da representante por estarem com autenticação digital, *“vez que existe previsão legal para o referido procedimento conforme se verifica no art. 52, da Lei Federal 8.935/94, c/c o art. 6º da Lei Estadual 8.721/2008, da Paraíba”*. Carecia ainda de legitimidade a cobrança de taxa de cadastramento, bem como de valor superior aos custos de reprodução do edital. ***Decisão monocrática no TC-004.950/2010-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 17.03.2010***.

Exigências de habilitação restritivas ao caráter competitivo da licitação: 1 - Requisitos de qualificação econômico-financeira
O relator comunicou ao Plenário haver deferido cautelar determinando à Prefeitura Municipal de Tanque D’Arca/AL que suspendesse as Tomadas de Preços n.[os] 01/2010, 02/2010, 03/2010, 04/2010 e 06/2010, em razão de possíveis exigências editalícias *“não previstas na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que restringiriam o caráter competitivo dos certames”*, entre elas: a) apresentação simultânea de patrimônio líquido e de “caução de participação”, contrariando as *“decisões do TCU n.[os] 681/1998 e 1521/2002”*; b) apresentação de certidão negativa de falência ou concordata da empresa e *“dos sócios”*; c) utilização de índice não usual para aferir a situação financeira da licitante, *“quando se fixou o valor de 0,12 para o índice de endividamento total”*. Conforme assinalou o relator, a jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido de que a Administração não deve exigir, para fim de qualificação econômico-financeira das licitantes, a apresentação de capital social, ou de patrimônio líquido mínimo, junto com a prestação de garantia de participação no certame. Além disso, a exigência editalícia de garantia de participação correspondente a 1,00% do valor global previsto das obras, a ser prestada até três dias antes da data de apresentação dos documentos de habilitação e da proposta de preços, é *“altamente nociva, visto que permite se conhecer de antemão as empresas que efetivamente participarão do certame, possibilitando, dessa forma, a formação de conluio para loteamento das obras”*. Não lhe pareceu também adequada a *“solicitação de apresentação de certidão negativa de pedido de falência ou concordata dos sócios das empresas”*, uma vez que tal certidão é fornecida somente para pessoas jurídicas. Por seu turno, a exigência quanto ao índice de endividamento (0,12) poderia *“de fato restringir a competitividade do certame, conforme tratado pelo Tribunal no TC-003.719/2001-2, alusivo à auditoria realizada na BR-282/SC, quando a unidade técnica considerou a*

inclusão do índice de endividamento total inferior a 0,2 como item restritivo à competição”. ***Decisão monocrática no TC-004.287/2010-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 17.03.2010***.

Exigências de habilitação restritivas ao caráter competitivo da licitação: 2 - Requisitos de qualificação técnica e de regularidade fiscal

Ainda quanto às Tomadas de Preços n.os 01/2010, 02/2010, 03/2010, 04/2010 e 06/2010, realizadas no âmbito da Prefeitura Municipal de Tanque D’Arca/AL, foram apontadas outras exigências supostamente restritivas ao caráter competitivo dos certames: I) apresentação de *“certidão de infrações trabalhistas referentes à legislação de proteção à criança e ao adolescente”* e também de *“certidão de infrações trabalhistas”*; II) exigência de que a visita ao local das obras fosse feita pelo responsável técnico da licitante, bem como de que fosse apresentado atestado de visita das obras assinado por engenheiro habilitado contendo *“levantamento topográfico com GPS georreferenciado e fotos”*; III) apresentação de certidão de quitação com a Procuradoria Estadual da Fazenda Pública da sede da licitante. Em seu despacho, o relator destacou que a comprovação da exigência de que trata o inciso V do art. 27 da Lei n.º 8.666/93, referente ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, *“faz-se por intermédio de declaração firmada pelo licitante, nos termos do art. 1º do Decreto 4.358, de 5 de setembro de 2002”*. Considerando que *“o termo **exclusivamente** constante do art. 27, **caput**, da Lei 8.666/1993, significa que nada mais poderá ser exigido além da documentação mencionada nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993”*, não poderia ser exigida certidão de infrações trabalhistas, por falta de amparo legal. Conforme a jurisprudência do TCU, *“não existe fundamento legal para se exigir, com vistas à habilitação do licitante, que a visita técnica seja realizada por um engenheiro responsável técnico da licitante”*, além do que o levantamento topográfico deveria ser fornecido às licitantes *“como elemento constitutivo do projeto básico”*. Ressaltou ainda o relator que a exigência de certidão de quitação com a Procuradoria Estadual da Fazenda Pública da sede da licitante *“carece de amparo legal”*, uma vez que a legislação vigente exige *“comprovação de situação regular e não quitação junto às [...] fazendas”*. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-004.287/2010-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 17.03.2010***.

Limites para o exercício do direito à repactuação dos preços contratados

Ao analisar representação sobre possíveis irregularidades em contrato firmado no âmbito da Secretaria de Assuntos Administrativos do Ministério dos Transportes (SAAD/MT), cujo objeto era a prestação de serviços especializados de tecnologia da informação de natureza continuada, o Plenário proferiu o Acórdão n.º 1.828/2008, por meio do qual expediu a seguinte determinação ao órgão contratante: *“9.2.8. torne nulo o ato assinado em 31/7/2007 pelo Subsecretário de Assuntos Administrativos, mediante o qual fora autorizada despesa referente ao pagamento, retroativo a 1/5/2005, da repactuação do Contrato nº 19/2005, ressalvada a possibilidade de elaboração de novo ato que reconheça, como marco inicial para a incidência dos efeitos da repactuação de preços, a data de 1/5/2006, primeira data-base ocorrida após a celebração do Terceiro Termo Aditivo;”*. Ao apreciar pedido de reexame interposto pela contratada contra a aludida determinação, destacou o relator que o ponto fulcral era *“o direito que teria a contratada de repactuar, com efeitos financeiros retroativos a 1º/5/2005, o contrato 19/2005, firmado em 18/4/2005, sendo que tal repactuação somente fora pleiteada em 6/2/2007, posteriormente, portanto, à assinatura de termo aditivo que, em 13/4/2006, modificou a vigência do ajuste para 18/4/2007, ratificando-se as demais condições do ajuste, inclusive com relação ao preço pactuado”*. Em seu voto, deixou assente a ausência de controvérsia acerca do direito da recorrente à repactuação, previsto no próprio contrato. Afirmou também que *“se é direito do contratado obter a repactuação para restabelecer a equação econômica financeira original, também é direito da Administração decidir, no caso de prestação de serviços contínuos, se deseja prorrogar o ajuste”*, ilação extraída do art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, cujo texto denota que a prorrogação está condicionada *“à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração”*. Portanto, se à época da prorrogação, a contratada não pleiteou a repactuação a que fazia jus, *“a Administração decidiu prorrogar a avença com base neste quadro, ou seja, naquele em que as condições econômicas seriam mantidas”*. Nesse cenário, não poderia a contratada, após a assinatura do aditivo, requisitar o reequilíbrio, porque isso implicaria *“negar à Administração a faculdade de avaliar se, com a repactuação, seria conveniente, do ponto de vista financeiro, manter o ajuste”*. E arrematou o relator: *“não se trata de negar às empresas contratadas pelo Poder Público o direito constitucional e legal de repactuar o contrato, a fim de manter a equação econômico-financeira original, mas sim de garantir, por via da interpretação sistemática, que a Administração possua condições, asseguradas em lei, de decidir sobre a conveniência e oportunidade de prorrogar o ajuste”*. Acompanhando o voto do relator, decidiu o Plenário manter inalterado o subitem 9.2.8

da deliberação recorrida. ***Acórdão n.º 477/2010-Plenário, TC-027.946/2007-5, rel. Min. Aroldo Cedraz, 17.03.2010.***

Exigência da certificação necessária para a comercialização do produto licitado
Representação oferecida ao TCU levantou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 27/2009-MC, por meio do qual o Ministério das Comunicações faria registro de preços visando à aquisição de soluções integradas de Telecentro para atendimento ao Programa Inclusão Digital, envolvendo microcomputadores, rede wireless, câmera de segurança IP, estabilizadores de tensão e impressoras. Para o representante, a apresentação, pela vencedora da etapa competitiva do certame, de certificado de conformidade do estabilizador n.º INF-11504-Revisão 3 em data posterior à apresentação da proposta configuraria infração ao art. 43, § 3º, da Lei n.º 8.666/93, que veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria originalmente constar da proposta. Em seu voto, reconheceu o relator que *"ao examinar a cronologia dos atos é possível afirmar que tal documento foi apresentado a destempo, mas o edital não o exigia, motivo pelo qual não resta caracterizada infração ao referido dispositivo do Estatuto das Licitações"*. No entanto, tendo em vista que, nesse caso, a certificação dos estabilizadores seria *"compulsória para a comercialização dos produtos"*, conforme Portaria n.º 262, de 12/12/2007, do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro), propôs fosse expedida recomendação ao Ministério das Comunicações para que exija a devida certificação quando evidenciada a sua compulsoriedade para o comércio do produto. O Plenário acolheu a proposição do relator. ***Acórdão n.º 463/2010-Plenário, TC-029.792/2009-2, rel. Min. José Jorge, 17.03.2010.***

Inclusão posterior de documento que deveria constar originariamente da proposta
Em processo de tomada de contas especial, foram os responsáveis citados em razão de indícios de irregularidades em procedimentos licitatórios promovidos pelo Município de São Paulo, merecendo destaque a *"desclassificação irregular da proposta mais vantajosa da empresa Philips Medical Systems Ltda., na aquisição de tomógrafos computadorizados no âmbito da Concorrência Internacional nº 3/2004"*. O argumento utilizado pela comissão de licitação para a desclassificação da empresa foi o de que ela descumpriu dois itens do edital, relativos ao computador associado ao equipamento de tomografia computadorizada: 1º) *'memória RAM de no mínimo 1 GB para reconstrução de imagens com capacidade de expansão até 4 GB'*; e 2º) software para reconstrução em *'Volume rendering'*. Isso porque, na proposta da empresa, não constava o segundo item e, quanto ao primeiro, constava apenas *'Memória principal: 1 GB de memória RAM'*, sem qualquer menção à expansividade. Contra a decisão da comissão de licitação foi interposto recurso administrativo, ao qual foi anexado documento comprovando que o equipamento possuía a expansividade exigida no edital, além da afirmação de que o software para reconstrução em *'Volume rendering'* já constava da proposta. Considerando que, em relação ao quesito *'Memória RAM do equipamento cotado'*, a certeza quanto ao atendimento das exigências editalícias só foi possível a partir de informação constante em documento complementar anexado ao recurso, a comissão de licitação concluiu que a proposta fora corretamente desclassificada, tendo sido observados os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo das propostas, bem como o art. 43, § 3º, da Lei n.º 8.666/93. O referido dispositivo legal, *"ao mesmo tempo em que faculta a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo licitatório, veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta"*. Segundo o Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU), para o deslinde da questão importava saber *"se o documento entregue extemporaneamente pela empresa Philips à comissão de licitação, em sede de recurso, constituía-se em documento ou informação que deveria constar originalmente na proposta ou se se tratava de documento destinado a esclarecer ou a complementar a proposta da empresa. [...] o caso concreto em exame encontra-se no limite entre um e outro caso previstos no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993."* Para o MP/TCU, *"não houve interpretação equivocada, absurda ou desarrazoada da lei, mas sim a adoção de uma de duas interpretações possíveis"*, razão por que deveria o Tribunal *"acolher as alegações de defesa de todos os responsáveis, julgando-se regulares as presentes contas"*. Em seu voto, o relator anuiu à proposta do *Parquet*, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 491/2010-Plenário, TC-024.031/2006-1, rel. Min. José Múcio Monteiro, 17.03.2010.***

Parcelamento do objeto e princípio da economicidade
Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades em licitação conduzida pela Base de Fuzileiros Navais do Rio Meriti, cujo objeto era a compra de gêneros alimentícios. Entre as supostas

irregularidades estaria a *"inclusão de itens heterogêneos no grupo 9, como carne, aves e peixes, com indícios de restrição à competitividade"*, por se tratar de itens geralmente comercializados de forma autônoma. Segundo os responsáveis, *"todos os itens envolvem fornecedores da área frigorífica, pequeno espaço para armazenagem dos produtos na Base de Fuzileiros, necessidade de entregas semanais em pequenas quantidades, e experiências anteriores com a adjudicação de tais produtos por item, situação na qual as contratadas sistematicamente se recusavam a entregar os produtos sob o alegado aumento do custo com os fretes"*. Dessa recusa decorreriam alguns problemas, tais como a necessidade de instauração de procedimento para aplicação de penalidades e o risco de colapso no abastecimento de gêneros de primeira necessidade. A unidade técnica que atuou no feito, ao constatar que, se fosse efetivada a adjudicação por itens, haveria redução de 21,5% no valor final do Grupo 9, questionou a economicidade da decisão. Ponderou ainda, a título de exemplo, que a compra de câmaras frigoríficas para o órgão possibilitaria a aquisição de cada item separadamente, não sendo mais impositiva a entrega em pequenas quantidades, fator de aumento do custo. Levando em conta que a administração da Base de Fuzileiros Navais, tão logo tomou conhecimento dos questionamentos do TCU, resolveu revogar o aludido certame, considerou o relator pertinente a expedição de recomendação ao órgão no sentido de que *"efetue estudos avaliando, dentre outros aspectos julgados pertinentes, o resultado das licitações realizadas (por lotes e por item) em relação aos preços finais propostos, a execução contratual, a situação do mercado local e regional e a necessidade ou oportunidade de compra de câmaras frigoríficas, objetivando identificar, a partir dos elementos objetivos colhidos, a melhor opção para a aquisição de gêneros alimentícios com foco em fatores técnicos e econômicos"*. O Plenário, por unanimidade, acolheu a proposta do relator. ***Acórdão n.º 501/2010-Plenário, TC-025.557/2009-4, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 17.03.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Exigência editalícia da apresentação do certificado de qualidade emitido pela Associação Brasileira da Indústria do Café

Representação oferecida ao TCU noticiou possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico n.º 126/2009, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, destinado à aquisição de café para o biênio 2009/2010. A questão central referia-se à obrigatoriedade de apresentação, pelos licitantes, do certificado de qualidade emitido pela Associação Brasileira da Indústria do Café (ABIC). Em seu voto, o relator louvou a preocupação demonstrada pelo órgão no sentido de assegurar qualidade mínima aos produtos que adquire. Contudo, *"tal preocupação não pode se dar ao arrepio dos dispositivos legais que regem as aquisições no âmbito da administração pública"*. Para a unidade técnica que atuou no feito, *"a exigência - isoladamente - de Certificado de Qualidade, emitido pela ABIC, e de Certificado de autorização ao uso de selo de pureza ABIC, devidamente válido"*, prevista no edital do Pregão Eletrônico n.º 126/2009, não poderia ser levada adiante, *"mesmo que o objetivo precípuo da inclusão dos mesmos seja a compra de café de qualidade"*, pelos seguintes motivos: 1º) *"o art. 5º, inciso XX, da Constituição Federal, não permite, ainda que por meios indiretos, obrigar alguém, no caso o licitante, a associar-se ou a permanecer associado"; e* 2º) *"os arts. 3º, caput, e 44, caput, da Lei n.º 8.666/93, não permitem, ainda que por meios indiretos, dar tratamento diferenciado aos licitantes"*. Segundo a unidade técnica, *"a comprovação da qualidade do café, seja na fase da licitação ou durante a execução contratual, não precisa ser feita, necessariamente, por meio de laudo emitido por instituto especializado credenciado à ABIC, podendo a mesma ser aferida por intermédio de laboratório credenciado junto ao Ministério da Saúde/Agência Nacional de Vigilância Sanitária, da Rede Brasileira de Laboratórios Analíticos em Saúde - Reblas, os quais estão habilitados a realizar ensaios em produtos sujeitos à Vigilância Sanitária."*. Acompanhando a manifestação da unidade técnica, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – a expedição de determinação corretiva ao TRF-2ª Região. ***Acórdão n.º 1354/2010-1ª Câmara, TC-022.430/2009-1, rel. Min. Valmir Campelo, 16.03.2010***.

Necessidade de justificativa para a vedação da participação de consórcios em licitações

Mediante o Acórdão n.º 1.102/2009-1ª Câmara, foi expedida determinação à Companhia Docas de Imbituba com o seguinte teor: *"1.5.1.1. se abstenha de vedar, sem justificativa razoável, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993;"*. Contra essa determinação, a entidade interpôs pedido de reexame, sob o argumento de que a interpretação do Tribunal estaria equivocada. O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica, para

a qual a conduta censurada, objeto da determinação, não fora a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que tal decisão encontra-se no campo discricionário do administrador, mas sim a ausência de justificativa razoável para a vedação. A fim de expressar com exatidão o entendimento do Tribunal sobre a matéria, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – o provimento parcial do recurso, conferindo ao subitem 1.5.1.1 do acórdão guerreado a seguinte redação: *"caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, **caput**, da Lei nº 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação."*. Precedente citado: Acórdão n.º 1.636/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 1316/2010-1ª Câmara, TC-006.141/2008-1, rel. Min. Augusto Nardes, 16.03.2010***.

Contratação de serviços: 1 - Extrapolação, na prorrogação de contrato de natureza contínua, do valor-limite da modalidade licitatória adotada

A administração pública está obrigada a bem planejar suas contratações de bens e de serviços, o que implica estimar corretamente suas necessidades em prazo razoável, evitando dessa forma o parcelamento das compras e dos serviços em várias licitações. Efetuado o planejamento com o rigor e a seriedade devidos, a prorrogação dos contratos decorrentes deverá observar tão somente preços e condições mais vantajosos, nos termos do art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, não podendo ser obstada por meramente acarretar extrapolação da faixa de preços em que se enquadrou a modalidade licitatória de origem. Foi esse o entendimento defendido pelo relator ao examinar contrato da Companhia Docas do Estado do Rio Grande do Norte (Codern) celebrado para acompanhamento das ações de seu interesse no Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília. Como as sucessivas prorrogações do contrato levaram o valor total a ultrapassar o limite máximo para a licitação na modalidade convite, a unidade técnica do TCU concluiu que as prorrogações posteriores à extrapolação desse limite foram indevidas. Ao defender sua posição, a unidade técnica fez alusão às disposições da Lei n.º 8.666/93 que obrigam a programação das obras e serviços pela sua totalidade (art. 8º) e vedam o parcelamento dessas mesmas obras e serviços em licitações de menor amplitude, em detrimento do procedimento mais amplo (art. 23, § 5º). Também em reforço à sua posição, citou o Acórdão n.º 55/2000-Plenário, que tratou de caso no qual o valor original do contrato passou de R$ 6.544,25 para R$ 80.000,00, mediante prorrogações sucessivas. Em seu voto, ponderou o relator que o contrato da Codern completou 60 meses em 31/5/2004, atingindo o prazo máximo previsto no art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, mas foi prorrogado por mais doze meses, prazo admitido excepcionalmente pelo § 4º do mesmo dispositivo, em decorrência do alto número de ações trabalhistas envolvendo a empresa. Naquele caso, portanto, diferentemente da situação em tela, *"é visível que o respectivo responsável não estimou a contratação com o zelo e o rigor"* adequados, sendo possível concluir que, uma vez *"assegurado que a administração adotou todas as cautelas no planejamento das compras ou da contratação dos serviços, o contrato decorrente poderá sofrer as prorrogações permitidas em lei"*. O relator considerou então que as justificativas da Codern deveriam ser acolhidas, no que foi acompanhado pelos demais ministros presentes. Precedente citado: Acórdão n.º 103/2004-Plenário. ***Acórdão n.º 1339/2010-1ª Câmara, TC-015.849/2006-0, rel. Min. Augusto Nardes, 16.03.2010***.

Contratação de serviços: 2 - Contrato celebrado com fundação de apoio, por dispensa de licitação, para realização de concurso público

É permitida a contratação direta, com base no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, de instituição para realização de concurso público, desde que observados os requisitos legais, bem como demonstrada, com critérios objetivos, no plano estratégico do contratante ou em instrumento congênere, a essencialidade do preenchimento do cargo ou emprego público para o seu desenvolvimento institucional. Com base nesse entendimento, o relator considerou equivocada a fundamentação da dispensa de licitação – art. 24, II, da Lei n.º 8.666/93 – na contratação celebrada entre a Codern e a Funpec, fundação de apoio ligada à Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cujo objeto era a realização de concurso público para preenchimento de vagas no quadro da Codern. Em seu voto, não obstante ressaltar que o TCU vê com reservas a contratação, sem licitação, de fundações de apoio universitárias para a realização de concursos públicos, destacou que o Tribunal *"vai chegando a um equacionamento bastante satisfatório dessa questão. Particularmente, sou um dos que advogam que as fundações de apoio têm um papel importante a desempenhar na área de concursos públicos e de exames vestibulares, atividade na qual algumas fundações têm se destacado notavelmente. É o caso, por exemplo, do Cespe, ligado à Universidade de Brasília, que tão valioso auxílio tem prestado ao nosso ISC na sua missão exitosa de dotar esta Corte com quadro de pessoal altamente qualificado, como se reconhece unanimemente"*. Ao final, enfatizou que os Acórdãos n.ºs 569/2005 e 1.561/2009, ambos do

Plenário, seguem a trilha do cabimento da contratação direta dessas entidades para realização de concursos públicos, desde que o gestor demonstre cabalmente *"a relevância dos profissionais visados para o desenvolvimento institucional do órgão ou entidade interessada"*. Para o relator, *"O Caso da Codern não foge de maneira apreciável do paradigma formatado nestes acórdãos, eis que não se questiona nos autos a importância dos profissionais selecionados pelo concurso para as atividades da entidade."*. A Primeira Câmara, por unanimidade, acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 1339/2010-1ª Câmara, TC-015.849/2006-0, rel. Min. Augusto Nardes, 16.03.2010***.

Exigência, para fim de qualificação técnica, do credenciamento da licitante junto à empresa detentora do registro dos medicamentos demandados

Representação formulada ao TCU indicou possível irregularidade nos processos licitatórios visando à aquisição de medicamentos no âmbito da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, em razão da exigência às licitantes da apresentação de declaração do seu credenciamento como distribuidora junto à empresa detentora do registro dos produtos, nos termos do art. 5º, § 3º, da Portaria GM/MS n.º 2.814/98, o que não encontra respaldo no inciso II do art. 30 da Lei n.º 8.666/93. Para o relator, essa exigência por meio de portaria afronta o princípio da hierarquia das normas, na medida em que representa inovação na ordem jurídica, uma vez que a Lei n.º 8.666/93 prevê que a comprovação de aptidão será efetuada por meio de atestados emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado (art. 30, § 4º), sendo vedada a formulação de quaisquer exigências nela não previstas (art. 30, § 5º). Além disso, nos termos do art. 37, XXI, **in fine**, da Constituição Federal, as exigências de qualificação técnica devem restringir-se apenas às indispensáveis para garantir o cumprimento das obrigações. Segundo o relator, *"o credenciamento da empresa licitante como distribuidora junto à empresa detentora do produto não tem o condão de garantir a qualidade e a origem do produto adquirido, uma vez que a empresa credenciada poderá ser descadastrada pela empresa credenciadora a qualquer tempo, sem comunicação prévia"*. Em consequência da falta de regramento específico, *"os laboratórios/fabricantes poderão cadastrar quaisquer distribuidores, da mesma forma que poderão entrar em conluio para privilegiar determinado distribuidor com o qual tenham negócios"*, de forma a direcionar a licitação, promovendo assim a elevação dos preços dos remédios. Acolhendo a proposta do relator, deliberou a Primeira Câmara no sentido de expedir determinação corretiva ao Ministério da Saúde. Precedente citado: Acórdão n.º 532/2010-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 1350/2010-1ª Câmara, TC-017.358/2006-1, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 16.03.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Cotação, na planilha de preços da licitante, de encargos sociais com presunção de inexequibilidade

Representação formulada ao TCU noticiou a ocorrência de possível irregularidade no Pregão Eletrônico n.º 15/2008, promovido pelo Instituto Benjamin Constant, consistente na desclassificação da proposta da representante sob a alegação de que a cotação de encargos sociais (auxílio doença, licença maternidade/paternidade, faltas legais, acidentes de trabalho e aviso prévio) componentes da remuneração da mão de obra, no percentual de 0,01%, a tornara inexequível. Mediante o Acórdão n.º 2.364/2009, decidiu a Segunda Câmara determinar *"ao Instituto Benjamin Constant - IBC que, nas próximas licitações que vier a realizar [...], atenda ao preceito de que cabe ao particular, nas hipóteses em que a lei não definir objetivamente patamares mínimos para cotação de encargos sociais, a decisão acerca do preço que pode suportar, no entendimento de que a inexequibilidade de proposta deva ser adotada de forma restrita, a fim de não prejudicar a obtenção de condições mais vantajosas para a Administração, sem olvidar, contudo, do exercício do seu poder-dever de verificar o correto recolhimento desses encargos sociais pela empresa contratada a cada pagamento a ela realizado"*, bem como *"abstenha-se de prorrogar a vigência do contrato nº 29/2008, firmado com a empresa Tecnisan Técnica de Serviços e Comércio Ltda., dando início a procedimento licitatório com a antecedência necessária à assinatura de novo contrato antes do término da sua vigência"*. Ao apreciar pedido de reexame interposto pela contratada, destacou o relator que, *"à exceção da regra contida nos §§ 1º e 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, destinada exclusivamente à contratação de obras e serviços de engenharia, a legislação específica não elege uma regra objetiva e padronizada para exame da exequibilidade das propostas em licitações para compras e outros serviços"*. Além disso, *"o inciso X do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 é claro ao vedar a estipulação de limites mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação aos preços de referência, abaixo dos quais as propostas seriam automaticamente desclassificadas"*. Para o relator, o mencionado dispositivo revela-se ainda mais

contundente em face das características do pregão, em que *"não pode ser fixado um valor mínimo para o bem pretendido, sob pena de inviabilizar a disputa"*. É claro que *"um particular pode dispor de meios que lhe permitam executar o objeto por preço inferior ao orçado inicialmente. Não obstante, não há como impor limites mínimos de variação em relação ao orçamento adotado aplicáveis a todas as hipóteses"*. Portanto, a apuração da inexequibilidade dos preços, *"com exceção da situação prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, acaba por ser feita caso a caso, diante das peculiaridades de cada procedimento licitatório"*. Ao tempo em que *"a dissociação entre o valor oferecido e o constante do orçamento produz presunção relativa de inexequibilidade, obriga a Administração a exigir comprovação, por parte do licitante, da viabilidade da execução do objeto nas condições por ele ofertadas"*. O entendimento adotado está em consonância com o disposto na Instrução Normativa n.º 2/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que, em seu artigo 29, § 2º, estabelece que *"a inexequibilidade dos valores referentes a itens isolados da planilha de custos, desde que não contrariem instrumentos legais, não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta"*. Não obstante considerar improcedentes as alegações da recorrente, o relator propôs o provimento parcial do recurso, a fim de que fosse conferida nova redação à determinação expedida ao Instituto Benjamin Constant, no seguinte sentido*: "nas próximas licitações que vier a realizar [...], quando se constatar eventual inexequibilidade de proposta, promova diligência complementar junto ao proponente, facultando-lhe a possibilidade de comprovar, documentalmente, por meio de planilhas de custos e demonstrativos, a real exequibilidade de sua oferta"*. Precedentes citados: Acórdão n.º 559/2009-1ª Câmara, Acórdão n.º 1.079/2009-2ª Câmara e Acórdãos n.ºs 2.093/2009, 141/2008, 1.616/2008, 1.679/2008, 2.705/2008 e 1.100/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1092/2010-2ª Câmara, TC-025.717/2008-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 16.03.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 23 e 24 de março de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Pregão eletrônico para fornecimento de equipamentos: 1 - Chamamento simultâneo de licitantes para apresentação dos documentos de habilitação

No pregão eletrônico, o chamamento simultâneo de licitantes para apresentação da documentação de habilitação não tem amparo na lei de regência da modalidade (Lei n.º 10.520/2002), que prescreve o chamamento sequenciado de cada participante, de acordo com a ordem de classificação advinda da fase de lances. Além disso, quando necessário o envio da documentação de habilitação via *fax*, o pregoeiro deverá fixar prazo razoável ao licitante, zelando para que a linha disponibilizada esteja devidamente desocupada durante todo o prazo concedido. Com base nesse entendimento, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar procedente representação envolvendo o Pregão Eletrônico para Registro de Preços n.º 37/2008, promovido pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Unirio), que tinha por objeto a aquisição de 400 notebooks. Entre as possíveis irregularidades apontadas pela representante, estava a *"estipulação de tempo exíguo, no caso 60 (sessenta) minutos, prorrogados por mais 30 (trinta) minutos, para envio da proposta e da documentação exigida no edital, apesar de ser grande o volume de documentos a serem encaminhados por meio da única linha de fax disponibilizada, e tendo em vista que tal medida foi requerida às licitantes que apresentaram as 10 (dez) melhores propostas de preços, e não apenas à melhor classificada"*. Para o relator, *"Não se pode admitir que, de dez empresas chamadas a apresentarem sua documentação, nada menos que sete não tenham conseguido fazê-lo, entre elas as mais bem classificadas na fase de lances. Acresce que as três que conseguiram enviar os documentos requisitados, todas foram desclassificadas, duas pelo [...] prazo de garantia em desacordo com a segunda versão do edital, e uma por envio fora do prazo total [...] fixado pelo pregoeiro"*. A simples pressa administrativa *"não é capaz sequer de explicar a adoção*

desse procedimento. A menos que se possa licitamente presumir que a imensa maioria dos licitantes de ordinário desatendem as condições de habilitação, o que não é verdade". A seu ver, não há outra leitura possível do que prescreve o inciso XVI do art. 4º da Lei n.º 10.520/2002, segundo o qual *"se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor"*. Outra irregularidade imputada ao pregoeiro foi a habilitação da empresa classificada em 11º lugar na fase de lances, que encaminhou a documentação – requisitada apenas das dez primeiras colocadas – por sua conta e risco. Mesmo assim, logrou ter sua documentação aprovada e terminou por ser declarada vencedora do certame, apesar de seu lance ser quase 50% superior ao da empresa mais bem classificada. Diante de tais irregularidades, e considerando que os equipamentos já foram entregues à Unirio, o relator propôs e o Plenário decidiu aplicar multa ao pregoeiro e converter os autos em tomada de contas especial. ***Acórdão n.º 558/2010-Plenário, TC-008.404/2009-1, rel. Min. Augusto Nardes, 24.03.2010***.

Pregão eletrônico para fornecimento de equipamentos: 2 - Entrega de equipamento de marca diferente da indicada na proposta vencedora

Outra possível irregularidade apontada na representação foi a *"autorização para recebimento pela Unirio de notebook da fabricante Semp Toshiba, marca distinta da oferecida na proposta da empresa vencedora do Pregão Eletrônico Registro de Preços n.º 37/2008, que era da fabricante Sony, à míngua de análise técnica que assegure o atendimento das especificações do edital e que a performance do novo equipamento da marca Semp Toshiba seja idêntica ou melhor ao da marca Sony"*. Chamado em audiência, o Pró-Reitor de Administração da Unirio alegou que teve de aceitar a troca dos equipamentos proposta pela contratada, já em 2009, *"sob pena de perder os empenhos ao orçamento de 2008 e, consequentemente, os recursos"*. A unidade técnica refutou tais argumentos, considerando que limitações de ordem meramente administrativa, como a iminência de perda de recursos orçamentários, não autorizam o desrespeito às normas sobre licitações e contratos. Como agravante, o relator constatou também que a aceitação para a alteração fundamentou-se em simples e-mail da contratada informando as especificações técnicas do produto, sem qualquer *"comprovação robusta da equivalência operacional do modelo eleito com aquele informado pela contratada ainda na fase de licitação. E, é de dizer também, de equivalência de preço"*. Para ele, o procedimento constituiu violação dos arts. 54, § 1º, e 66, ambos da Lei n.º 8.666/93, que vinculam o contrato e sua execução aos termos da licitação e da proposta vencedora, cabendo-lhe, portanto, aplicação de multa. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 558/2010-Plenário, TC-008.404/2009-1, rel. Min. Augusto Nardes, 24.03.2010***.

Subcontratação no âmbito dos contratos celebrados por dispensa de licitação com base no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93

A contratação por dispensa de licitação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93 somente será legítima se houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado, estando vedada a subcontratação. Com base nesse entendimento, o relator considerou irregular o objeto do Convênio RS/4330/2006/2006, celebrado entre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e a Fundação de Apoio Simon Bolívar (FSB), com a interveniência da Fundação Universidade Federal de Pelotas (UFPel), para criação do "Centro de Capacitação em Desenvolvimento Rural Sustentável". A irregularidade consistiu basicamente na *"transferência de recursos públicos federais às fundações de apoio às universidades para a execução de obras e serviços de engenharia por ser incompatível com as suas finalidades institucionais"*, tendo em vista que as obras de engenharia de interesse da UFPel não se inserem em atividades relativas ao desenvolvimento institucional da FSB. Em seu voto, ressaltou o relator que a Lei n.º 8.958/94 dispõe que as fundações de apoio estão autorizadas a licitar bens e serviços necessários para a consecução dos seus objetivos, mas ela não possibilita a realização de licitação em substituição a outros órgãos. Portanto, de um lado, *"afigura-se impossível a Fundação Simon Bolívar substituir a Universidade Federal de Pelotas na função de licitar obras e serviços de engenharia de interesse da última, visto que o art. 24, inciso XIII, da Lei de Licitações, não admite subcontratações. Por outro lado, a FSB, contratada por dispensa de licitação, teria que executar diretamente os serviços e obras de engenharia pactuados, o que não se coaduna com as finalidades que motivaram a sua criação: programas e projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico"*. Acolhendo o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de determinar ao INCRA que *"rescinda, no prazo de 15 (quinze) dias, o*

Convênio RS/4330/2006/2006", adotando as providências necessárias *"à reversão dos recursos remanescentes depositados na conta da FSB aos cofres do INCRA"*. Além disso, *"caso julgue conveniente, celebre novo convênio com a UFPel a fim de executar as obras referentes ao 'Centro de Capacitação em Desenvolvimento Rural Sustentável' a partir de licitações realizadas diretamente pela Convenente"*. Precedentes citados: Decisões n.os 881/97 e 138/98, ambas do Plenário; Acórdão n.º 672/2002-1ª Câmara; Acórdãos n.os 120/2002, 328/2005, 569/2005 e 2.371/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 551/2010-Plenário, TC-000.670/2009-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.03.2010***.

Desclassificação de proposta em razão da não cotação de preço unitário para item materialmente relevante

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no âmbito do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Santa Catarina (SEBRAE/SC), envolvendo a Concorrência n.º 07/09, cujo objeto era a prestação de serviços de zeladoria, copa, serviços gerais, atendimento telefônico e recepção, com o fornecimento de material higiênico, sanitário, equipamentos de proteção individual e demais equipamentos necessários à execução dos serviços. A representante questionou a decisão da Comissão de Licitação quanto à sua desclassificação do certame, pela ausência de cotação para o *"adicional noturno sobre 30 minutos diários que extrapolava a jornada de trabalho do zelador"* e para o *"posto de recepcionista de eventos"*. Em seu voto, destacou o relator que a própria Comissão de Licitação, naquela oportunidade, afirmou que, caso não houvesse outro questionamento a considerar, acolheria as alegações acerca da ausência de cotação para o adicional noturno relativo ao salário de zelador, em virtude de seu valor irrisório. No entanto, os serviços de recepcionista eventual deveriam ser *"obrigatoriamente cotados, em consonância com o estabelecido no modelo de Proposta de Preços constante do Anexo IV do Edital de Concorrência 07/09 e em atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ínsito no art. 3º da Lei de Licitações"*. Salientou ainda que, embora o SEBRAE tenha regulamentos internos próprios para a contratação de serviços, *"aplicam-se a estes os princípios gerais da Lei 8.666/93"*. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 552/2010-Plenário, TC-003.165/2010-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.03.2010***.

Licitação para organização de eventos: 1 - Modalidade e tipo de licitação adequados

Representação oferecida ao TCU indicou supostas irregularidades na Concorrência Técnica e Preço n.º 2/2009 da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex Brasil), cujo objeto era o registro de preços para a prestação de serviços de montagem e desmontagem de estandes, assessoria técnica, organização, participação e atendimento em feiras/eventos no exterior, e também de ações internacionais em eventos e feiras a serem realizados no Brasil. A representante contestou a adoção da modalidade de concorrência em detrimento de pregão, sobretudo por tratar-se de licitação para registro de preços. Em seu voto, o relator destacou que o TCU tem entendimento pacificado de que as entidades do Sistema "S", entre elas a Apex Brasil, não estão obrigadas a seguir rigorosamente os termos da Lei n.º 8.666/93, estando sujeitas ao cumprimento de seus regulamentos próprios, os quais devem estar pautados nos princípios gerais do processo licitatório e consentâneos com o art. 37, **caput**, da Constituição Federal. Ressaltou que, *"Embora o art. 4º do Decreto nº 5.450/2005 obrigue a Administração Pública Federal a realizar Pregão nas licitações para bens e serviços comuns, a Apex Brasil não é alcançada por essa imposição legal, uma vez que não integra a Administração Direta, nem a Indireta. Nesse sentido, já decidiu o TCU por meio do Acórdão nº 288/2007 – Plenário [...] e do Acórdão nº 2.034/2009 – Plenário [...]. Ademais, o Regulamento de Licitações e Contratos (RLC) da Apex Brasil não obriga a realização de pregão, independente da natureza da aquisição ou do serviço. Entendo, portanto, não haver ilegalidade na opção pela modalidade concorrência no caso ora analisado"*. Apesar de legítima a opção da Apex Brasil pela escolha da modalidade de licitação, haja vista ter se pautado em regulamento próprio e não ter contrariado a jurisprudência do TCU, o relator considerou pertinente a proposta da unidade técnica no sentido de ser *"recomendado àquela entidade que avalie a oportunidade de incluir no seu regulamento a utilização, quando pertinente, da modalidade de pregão de forma obrigatória [...] tendo em vista que o pregão notoriamente propicia economia aos cofres públicos bem como maior transparência do processo licitatório, entre outras vantagens"*. Sobre a adoção do tipo "técnica e preço", ressaltou que os serviços de organização de eventos foram considerados de natureza comum, conforme Anexo II, item 8, do Decreto Federal n.º 3.555/2000 (com redação dada pelo Decreto n.º 3.784/2001), ainda que a norma não alcance a Apex Brasil. Sendo assim, o objeto da Concorrência n.º 2/2009 não possui natureza predominantemente intelectual e, portanto, *"não é adequada a adoção do tipo de licitação 'técnica e preço', sendo mais adequado utilizar o*

tipo 'menor preço'.". Acolhendo o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de determinar à Apex Brasil que, *"nas próximas licitações, inclua nos projetos básicos para contratações, nas quais seja adotado o tipo 'técnica e preço', além das justificativas administrativas para a realização do certame, as justificativas técnicas para adoção desse tipo de licitação, conforme disposto no art. 8º, § 1º, do seu Regulamento de Licitações e de Contratos"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 568/2009 e 992/2007, ambos da 1ª Câmara; Acórdãos n.os 1.188/2009 e 2.032/2005, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 556/2010-Plenário, TC-029.103/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.03.2010***.

Licitação para organização de eventos: 2 - Exigência de quantitativos mínimos em atestado para comprovação da qualificação técnica do licitante

Ainda quanto à Concorrência Técnica e Preço n.º 2/2009 da Apex Brasil, a representante alegou que as exigências e os critérios de pontuação da proposta técnica estabelecidos no edital, aí se inserindo a comprovação de experiência anterior em eventos de grande porte, *"não são pertinentes para a apuração da melhor técnica da disputa e poderiam ser exigidos para fins de habilitação"*. Em seu voto, destacou o relator que o RLC da Apex Brasil disciplina que a comprovação de qualificação técnica deve ser exigida na fase de habilitação, por meio da apresentação de atestados de capacidade técnica que discriminem a execução de serviços anteriores, com características compatíveis com o objeto licitado. Essas características são limitadas àquelas indispensáveis à execução do objeto, devendo ser demonstrada a adequação e pertinência de tal exigência, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. No caso em análise, tendo em vista a utilização do sistema de registro de preços, em que existe apenas uma estimativa da realização dos eventos e que somente 30% deles são de grande porte, entendeu o relator que *"a verificação, na fase de habilitação, da aptidão da empresa para realizar eventos de grande porte é suficiente para atestar sua capacitação técnica"*. Conforme a jurisprudência do Tribunal, os fatores de pontuação técnica devem ser restritos a quesitos que reflitam melhor desempenho e qualidade técnica dos licitantes no serviço a ser prestado, de modo a não prejudicar a competitividade do certame. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário determinar à Apex Brasil que *"inclua no projeto básico ou no termo de referência as justificativas técnicas, quando julgar necessária a adoção de quantitativos mínimos na comprovação da qualificação técnica, demonstrando a compatibilidade desses quantitativos com o valor da contratação [...], sendo vedada a comprovação de quantitativos iguais ou superiores ao objeto do certame"*. Precedente citado: Acórdão n.º 126/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 556/2010-Plenário, TC-029.103/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.03.2010***.

Licitação para organização de eventos: 3 - Exigência de registro do licitante no Ministério do Turismo

No que diz respeito à exigência de que a licitante apresente certificado do Ministério do Turismo como organizadora de eventos, o relator destacou que o art. 2º, IV e V, do Decreto n.º 5.406/2005 dispõe que os prestadores de serviços de organização de congressos, convenções e eventos congêneres e os prestadores de serviço de organização de feiras, exposições e eventos congêneres estão sujeitos ao registro no Ministério do Turismo. Assim sendo, *"o edital deve ser adaptado para solicitar comprovação de registro no Ministério do Turismo, o qual deve ser requerido na fase de habilitação"*. No que concerne à exigência editalícia de necessidade de comprovação de filiação à União Brasileira dos Promotores de Feiras, o relator ponderou que *"não há relação direta entre a qualidade técnica dos serviços a serem prestados e o fato de estar associada ou não a determinada entidade"*. Os critérios adotados na formulação dos quesitos de avaliação da proposta técnica *"devem dar primazia a aspectos que afiram a capacidade e a qualificação do licitante, o que não é o caso"*. Lembrou ainda que ninguém é obrigado a associar-se a esta ou àquela entidade, conforme art. 5º, XVII, da Constituição Federal. Para ele, o critério de pontuação em análise *"é desarrazoado e pode restringir o caráter competitivo do certame, além de não estar de acordo com o princípio da isonomia e o art. 5º e o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal"*. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário expedir determinação corretiva à entidade. ***Acórdão n.º 556/2010-Plenário, TC-029.103/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.03.2010***.

Licitação para organização de eventos: 4 - Prorrogação da vigência da ata de registro de preços

Não obstante os vícios apontados na Concorrência Técnica e Preço n.º 2/2009 da Apex Brasil, o relator ressaltou que não foram constatados indícios de favorecimento ou de má-fé dos responsáveis pelo certame. Além disso, o fato de a licitação ter adotado o sistema de registro de preços *"implicará ata de registro de preços que só poderá ser utilizada mediante comprovação de vantagem econômica, por meio de prévia pesquisa de preços junto ao mercado, mitigando, assim, os riscos de superfaturamento"*, nos termos do

Decreto Federal n.º 3.931/2001. A alteração do edital, com a consequente reabertura dos prazos para apresentação de propostas, *"causando a anulação de todos os atos inerentes à fase externa do certame"*, mostrava-se como *"medida inadequada por tratar-se de registro de preços"*. Ademais, *"o lapso temporal entre a alteração do edital e a finalização dos trâmites licitatórios poderia prejudicar a atuação institucional da Apex Brasil"*. Dessa forma, como medida menos gravosa, considerou adequada a utilização da ata de registro de preços durante o período necessário para a realização de novo processo licitatório, escoimado dos vícios identificados. Também julgou *"proveitoso autorizar, desde já, nos termos do art. 4º, § 2º, do Decreto nº 3.931/2001, a prorrogação da validade da ata de registro de preços decorrente da Concorrência nº 2/2009, por, no máximo, 12 (doze) meses, se comprovadamente necessário"*. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 556/2010-Plenário, TC-029.103/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.03.2010***.

Momento adequado para o recolhimento da garantia de participação na licitação
Representação formulada ao TCU suscitou possível irregularidade em uma das cláusulas do edital-padrão do Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes (Dnit), na qual se exige o recolhimento da garantia prevista no inciso III do artigo 31 da Lei n.º 8.666/93 antes da data da abertura das propostas. Tal procedimento, segundo a representante, além de frustrar o caráter competitivo do certame, está em desacordo com o art. 43, I, da Lei de Licitações, já que *"a garantia da proposta, obrigatoriamente, deve ser um documento inserido dentro do envelope de habilitação, o qual só pode ser conhecido após a abertura do referido envelope."* Também de acordo com a representante, a exigência de que a garantia seja entregue até três dias úteis antes da data da abertura frustra o caráter competitivo da licitação, infringindo o art. 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93, ao permitir que sejam conhecidas, anteriormente à data da licitação, todas as empresas que participarão do certame, potencializando a formação de conluios e consequentes sobrepreços nas propostas. Em seu voto, o relator acompanhou a manifestação do Ministério Público junto ao TCU, que considerou não haver ilegalidade no edital-padrão do Dnit, uma vez que, para os licitantes serem capazes de comprovar o recolhimento da garantia, faz-se necessário que, antecipadamente, adotem as medidas pertinentes para viabilizar, junto a uma agência bancária ou entidade financeira, consoante a modalidade da garantia, o recolhimento dos respectivos valores. De acordo com o *Parquet*, esse recolhimento *"não se confunde com o ato de comprovar documentalmente a prestação de garantia. O que a Lei impõe é que essa prova seja inserida nos documentos relativos à habilitação e não que a ação de recolhimento ocorra durante aquele momento. Interessante observar que o próprio artigo 31 evidencia esse entendimento quando se refere à garantia de participação como um documento"*. Não obstante, reconheceu o Ministério Público que *"quanto menor o prazo para o recolhimento da garantia, maior é o risco de comparecimento simultâneo de interessadas"*. A rigor, não deveria nem ser fixada data limite (anterior à sessão de apreciação das propostas) para o recolhimento da garantia, *"sendo esse limite delimitado pelo próprio prazo para a entrega das propostas"*. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário considerar parcialmente procedente a representação e expedir determinação corretiva ao Dnit, além de recomendar à entidade que *"envide esforços no sentido de aperfeiçoar a sistemática para o recolhimento da garantia prevista no art. 31, III, da Lei n. 8.666/1993, verificando a possibilidade de se adotar o recebimento da garantia em conta-corrente indicada pelo órgão (quando a interessada optar por recolher em espécie), além de permitir o recebimento dos próprios comprovantes de seguro-fiança ou fiança bancária no envelope de habilitação, sem necessidade de emissão de guia por setor específico da entidade"*. ***Acórdão n.º 557/2010-Plenário, TC-013.864/2009-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.03.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Dispensa de licitação para a contratação de serviços de assistência técnica e extensão rural às famílias assentadas
Representação oferecida ao TCU apontou possível terceirização indevida de atividades finalísticas na Superintendência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária em São Paulo (Incra/SP), por meio da celebração do Contrato n.º 6/2008 com a Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais (Fepaf). Após examinar o edital do pregão de que resultou a assinatura do aludido contrato, o relator concluiu que o objeto da licitação, diferentemente do que afirmara o representante, era a *"contratação de serviços de Assessoria Técnica, Social e Ambiental [Ates], de forma continuada, às famílias assentadas nos Projetos de Reforma Agrária e Projetos de Assentamentos reconhecidos pelo Incra, sob a jurisdição da Superintendência Regional do Incra no Estado de São Paulo"*. Tendo em vista que os serviços mencionados

na representação – que supostamente não poderiam ser objeto de terceirização – não correspondiam aos serviços efetivamente avençados por meio do Contrato n.º 6/2008, considerou o relator prejudicada a análise do mérito. No entanto, argumentou que, mesmo que nele se adentrasse, *"ainda assim da atuação desta Corte não resultaria determinação para que o Incra-SP se abstivesse de celebrar contratos para execução de serviços de Ates"*, tendo em vista que, recentemente, *"a Lei nº 12.188/2010 estabeleceu que os serviços de Assistência Técnica e Extensão Rural - Ater (anteriormente denominados de Ates) podem ser contratados com terceiros, inclusive por dispensa de licitação"*. A Primeira Câmara anuiu ao entendimento do relator. ***Acórdão n.º 1452/2010-1ª Câmara, TC-022.773/2009-5, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 23.03.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Necessidade de motivação para as exigências editalícias

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 40/2009, instaurado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), tendo por objeto a prestação de serviços de **clipping** impresso. A representante questionou a exigência editalícia *"de fornecimento, além do **clipping** em versão eletrônica, de doze cópias impressas de **clipping** de segunda a sexta-feira e de três cópias impressas aos sábados, domingos e feriados nas residências de dirigentes e assessores"*. Além de invocar o impacto sócio-ambiental derivado da exigência de cópias impressas, a representante fez alusão ao seu aspecto econômico e à restrição à competitividade imposta pela obrigatoriedade de entrega diária dos impressos, tanto no Ibama quanto na residência dos dirigentes, *"fator que impediria a participação de empresas radicadas fora do Distrito Federal"*. De acordo com a instrução da unidade técnica, considerada pertinente pelo relator, *"Do termo de referência, extrai-se que o serviço requisitado pelo Ibama consiste na elaboração de clipping diário, em versão eletrônica e em versão impressa. Esta consiste de apenas doze cópias impressas, que serão distribuídas somente para dirigentes e assessores da entidade. Nessas condições, o consumo de papel não chega a ser expressivo. Ademais, o gestor afirma que o material impresso será encaminhado à reciclagem no momento de sua inutilização. [...] Os dirigentes da entidade necessitam de mobilidade e a exigência de conexão à internet para leitura do clipping eletrônico poderia, em determinados momentos, limitar o acesso a informações estratégicas para a tomada de decisão. Por fim, há que se registrar que as alegações de restrições ao caráter competitivo da licitação não se confirmaram. O edital do certame não fez qualquer exigência que limitasse a ampla participação de fornecedores. Sete empresas efetuaram lances e o objeto licitado foi adjudicado ao vencedor com deságio superior a 60% em relação ao valor estimado para contratação."*. Para o relator, a matéria *"está inserida na seara da discricionariedade do gestor público"*, tendo sido os atos praticados devidamente *"justificados e motivados"*. A Segunda Câmara acolheu a proposta do relator de considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 1260/2010-2ª Câmara, TC-001.066/2010-2, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 23.03.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 30 e 31 de março de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na (s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Necessidade de projeto básico em contratações emergenciais
Contra o Acórdão n.º 1.644/2008, por meio do qual o Plenário determinou ao Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes (DNIT) que, *"mesmo em obras emergenciais"*, providenciasse *"projeto básico com todos os elementos do art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, em obediência ao art. 7º, § 2º, inciso II, e 9º, da Lei nº 8.666/1993, sob pena de anulação dos contratos com base no § 6º do mesmo artigo"*, foi interposto pedido de reexame, no qual a autarquia afirmou a impossibilidade de cumprimento do acórdão recorrido, em razão de não haver *"tempo hábil para elaboração de um projeto básico nos termos exigidos no artigo 6º, IX, da Lei n.º 8.666/1993, quando se trata de contratação direta de obras emergenciais"*. Como subsídio às suas razões recursais, o DNIT fez alusão ao Acórdão n.º 395/2008-Plenário, no qual restou consignado que o projeto básico para obra rodoviária de natureza emergencial e de baixa complexidade executiva pode ser substituído por planilha estimativa, devidamente fundamentada em relatório técnico. Considerando que a simples exclusão da ordem guerreada, conforme pleiteava o recorrente, *"esvaziaria de significado a determinação lá constante"*, o representante do Ministério Público junto ao TCU sugeriu a alteração do seu conteúdo, tendo em vista remanescer, como regra, a necessidade de o DNIT *"providenciar o projeto básico, sob pena de anulação dos contratos, nos termos da Lei n.º 8.666/93"*. Acompanhando o *Parquet especializado*, o relator propôs e o Plenário decidiu dar provimento parcial ao recurso, a fim de conferir à determinação atacada a seguinte redação: *"determinar ao DNIT que, mesmo em obras emergenciais, providencie projeto básico com todos os elementos do art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, em obediência ao art. 7º, § 2º, inciso II, e 9º, da Lei nº 8.666/1993, sob pena de anulação dos contratos com base no § 6º do mesmo artigo, ressalvando, para o caso de obras emergenciais de baixa complexidade executiva, em caráter excepcional, a possibilidade de substituição do projeto básico por planilha estimativa, desde que esta se encontre devidamente fundamentada em relatório técnico"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.364/2006, 103/2007 e 2.263/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 614/2010-Plenário, TC-***

007.965/2008-1, rel. Min. Valmir Campelo, 31.03.2010.

Inexigibilidade de licitação: 1 - Singularidade do objeto e seu caráter incomum
Denúncia formulada ao TCU apontou suposta irregularidade no âmbito do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea), envolvendo a contratação de serviços de consultoria e de treinamento por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93. Para a unidade técnica, as razões de justificativa do presidente do Confea sobre a contratação de pessoa física para *"prestar consultoria com o objetivo de assessorar a organização e elaboração de edital de licitação para a contratação de empresa especializada para a organização do evento WEC-2008 (Congresso Mundial de Engenheiros)"* e para *"ministrar curso de capacitação de pessoal no âmbito de concepção e operacionalização da Resolução n.º 1.010/2005"* deveriam ser acolhidas. No primeiro caso, entendeu a unidade técnica que *"o objeto contratado se reveste de singularidade, visto o caráter incomum do evento de cunho internacional, que [...] envolveria diversos aspectos que, de fato, exigiriam um planejamento pormenorizado, com vistas a um resultado exitoso"*. Tratava-se, ainda, de *"serviço técnico especializado, previsto no art. 13 da Lei de Licitações, prestado por profissional notoriamente especializado"*, estando presentes, portanto, todos os requisitos do art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93. No segundo caso, quanto à prestação de serviços de capacitação sobre a Resolução n.º 1.010/2005, *"que dispõe sobre a regulamentação da atribuição de títulos profissionais, atividades, competências e caracterização no âmbito de atuação dos profissionais inseridos no Sistema Confea/CREA, para efeito de fiscalização do exercício profissional"*, a unidade técnica também concluiu que as justificativas apresentadas mereceriam prosperar. *"Primeiramente, trata-se de serviço técnico enumerado no art. 13, inciso VI, daquele normativo. Em segundo lugar, tem natureza singular, considerando o ineditismo e as especificidades da recém-aprovada Resolução nº 1.010/2005, cuja complexidade suscitou diversas discussões e questionamentos, antes, durante e após sua aprovação. Por fim, resta patente a notória especialização do profissional contratado, que teria participado, como consultor, das diversas etapas de sua elaboração, detendo profundo conhecimento da matéria."*. Acompanhando a unidade instrutiva, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher os argumentos do responsável. ***Acórdão n.º 658/2010-Plenário, TC-021.717/2007-5, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 31.03.2010***.

Inexigibilidade de licitação: 2 - Existência de outras empresas aptas à prestação dos serviços contratados
Outra possível irregularidade objeto da denúncia oferecida ao TCU envolveu a contratação, pelo Confea, do Instituto de Desenvolvimento Gerencial (INDG) com o objetivo de *"ministrar o curso Gestão para Resultados"* e também com vistas à *"prestação de consultoria técnica para aperfeiçoamento do planejamento anual do Sistema de Gestão do Confea, na gestão por resultados em 2007"*. Para a unidade técnica, o treinamento contratado constituiu-se, de fato, *"em serviço técnico especializado, previsto no inciso VI do art. 13 da referida lei"*. Também não se questionava *"a capacidade técnica da prestadora, que demonstrou, mediante documentação anexada aos autos, sua experiência em ministrar treinamentos da espécie"*. Todavia, não teria ficado evidenciada *"a singularidade do objeto requerida pelo mencionado dispositivo"*, levando-se em conta que a singularidade de um serviço *"diz respeito a sua invulgaridade, especialidade, especificidade, ou seja, a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional"*. Para corroborar o seu entendimento, a unidade técnica afirmou haver identificado, "*em simples consulta na internet, que, além do INDG (www.indg.com.br), diversas consultorias promovem esse tipo de treinamento. [...] Verificado o currículo dessas empresas/profissionais, constata-se que qualquer um deles estaria habilitado à prestação do serviço contratado pelo Confea"*. No que concerne à contratação de consultoria junto ao INDG, concluiu a unidade instrutiva que, *"como no caso anterior, o serviço contratado não se reveste da requerida singularidade, com vistas ao seu enquadramento no inciso II do art. 25 da Lei de Licitações"*, existindo no mercado *"diversas empresas de consultoria habilitadas à prestação de assessoria na área de gestão e planejamento estratégico, com ampla experiência e considerável tempo de atuação no mercado, utilizando-se das mesmas metodologias adotadas pelo INDG. Não se identifica, portanto, qualquer ineditismo ou especificidade no serviço prestado que nos leve a concluir por sua singularidade."*. Ao anuir à manifestação da unidade técnica, o relator afirmou que o tema tem suscitado acalorado debate na doutrina e na jurisprudência, haja vista a dificuldade de se determinar, em tese, quando o serviço pode ser enquadrado como tendo natureza singular. Para ele, os demais requisitos da espécie *"são de mais fácil identificação: os*

serviços técnicos estão previstos no art. 13 da Lei de Licitações, e a notoriedade do profissional especializado pode ser comprovada por meio de documentos hábeis para tanto, como: diplomas, participações em eventos, cursos ministrados etc”. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao Confea. Precedente citado: Acórdão n.º 852/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 658/2010-Plenário, TC-021.717/2007-5, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 31.03.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Fracionamento de despesas com fuga à modalidade licitatória adequada

No âmbito da tomada de contas especial instaurada para apurar irregularidades na aplicação de recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) transferidos ao Município de Teixeira/PB, com vistas à ampliação e à reforma de escolas municipais, foi o ex-prefeito citado para apresentar alegações de defesa quanto ao *“fracionamento das despesas com a utilização de modalidade convite, enquanto o somatório dos contratos exigia a modalidade tomada de preços, haja vista que as obras e serviços na Escola Municipal Silveira Dantas poderiam ser realizados conjunta e concomitantemente, conforme preceitua o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, e alterações posteriores”*. O relator entendeu que os argumentos oferecidos pelo responsável não foram capazes de elidir a irregularidade identificada, uma vez que o próprio ex-prefeito *“assume que era adotado o procedimento licitatório à medida que os projetos específicos eram aprovados pelo órgão estadual responsável”*, deixando claro, portanto, que *“havia a possibilidade de se planejar a licitação em um único processo com base no plano de trabalho do convênio celebrado”*. Ressaltou também em seu voto a agravante de os serviços e as obras de engenharia, licitados em processos distintos, serem *“da mesma natureza e previstos para o mesmo local, ou seja, a Escola Municipal Silveira Dantas”*, além do que, conforme destacou a unidade técnica, *“a empresa vencedora das licitações foi a mesma”*. A Primeira Câmara anuiu à conclusão do relator, no sentido do não acolhimento das alegações de defesa apresentadas. ***Acórdão n.º 1597/2010-1ª Câmara, TC-007.824/2008-3, rel. Min. Augusto Nardes, 30.03.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Dispensa de licitação nos contratos firmados entre universidades federais e suas fundações de apoio

Na prestação de contas da Universidade Federal do Ceará (UFC), relativa ao exercício de 2005, foi identificada como possível irregularidade a celebração de contratos entre a UFC e sua fundação de apoio – Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura (FCPC) –, com dispensa de licitação, para realização de *“atividades desconexas à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional”*, em inobservância a dispositivos contidos nas Leis n.os 8.666/93 e 8.958/94. As contratações inquinadas tinham por objeto a prestação de serviços de assistência técnica para a implantação do Campus do Cariri, a recuperação das dependências da Faculdade de Direito, assim como a aquisição de material permanente, automóveis, equipamentos de informática, multimídia e climatização. Em seu voto, destacou o relator que as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis não diferiam muito das *“apresentadas por outras IFES”*, dando conta, *“em essência, que os recursos liberados corriam o risco de não serem utilizados, haja vista a sua liberação já no final do exercício, inviabilizando a adoção dos procedimentos licitatórios devido ao exíguo tempo disponível para a sua realização”*. Frisou o relator que o Tribunal, por mais de uma ocasião, já se pronunciou sobre a ilegalidade da dispensa de licitação para a contratação de fundações de apoio com vistas à execução *“das atividades aqui listadas”*. Acolhendo o voto do relator, deliberou a Segunda Câmara no sentido de determinar à UFC que *“abstenha-se de contratar fundação de apoio, com fundamento no inciso XIII do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, quando o objeto do contrato não estiver diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional, conforme a predominante jurisprudência deste Tribunal”*, bem como, *“nos casos de contratação com dispensa de licitação, observe a formalização do processo em conformidade com o previsto no art. 26 da Lei n.º 8.666/93, sem prejuízo da opinião expressa do órgão jurídico, segundo preceitua o inciso VI do art. 38 da Lei n.º 8.666/93”*. ***Acórdão n.º 1365/2010-2ª Câmara, TC-017.050/2006-7, rel. Min. José Jorge, 30.03.2010***.

Contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços de natureza continuada

Na prestação de contas do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat/MTE), referente ao exercício de 2006, foram apontadas algumas possíveis irregularidades, entre elas a contratação de empresa, por inexigibilidade de licitação, *para “execução de serviços não singulares e de natureza continuada”*,

envolvendo *"consultoria e assessoria direta aos presidentes dos conselhos nacional e regionais, contatos com órgãos públicos ligados às áreas de transportes, associações, ONGs e outros organismos representativos dos empregados empresários, veiculação, no Boletim Executivo de Notícias do Transporte – BENT, de matérias de interesse do Senat, e visitação a unidades do contratante, quando solicitado pela Presidência ou Diretoria Executiva, apresentando, posteriormente, relatório acerca de seu funcionamento"*. Ao apreciar as razões de justificativa oferecidas pelos responsáveis, o relator preliminarmente ressaltou que, embora não integrantes da administração federal indireta, mas enquadráveis no conceito de administração pública descentralizada, os serviços sociais autônomos – dos quais o Senat é espécie –, por serem destinatários de recursos públicos, *"podem adotar, na execução de suas despesas, regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos, em que sejam preservados, no entanto, os princípios gerais que norteiam a execução da despesa pública"*. E no que concerne à contratação direta de serviços de consultoria, *"tanto o Regulamento de Licitações e Contratos do Senat [...] quanto a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (art. 25,* ***caput****, e inciso II) prevêem que a inexigibilidade sujeita-se à fundamentada demonstração de que a singularidade do objeto, aliada ao caráter técnico profissional especializado dos serviços e à condição de notória especialização do prestador, inviabilizam a competição no caso concreto"*. Para o relator, na situação examinada, não ficou comprovada a inviabilidade de competição pela singularidade do objeto. Além de o Senat já ter realizado anteriormente licitação para contratação de serviços de igual natureza, indicando que outras empresas poderiam atender à demanda da entidade, *"o mapa anual da força de trabalho do Senat contempla o cargo de Assessor Especial"*, permitindo inferir que *"os aludidos serviços, além de não se revestirem de natureza singular, poderiam ter sido prestados por um profissional de confiança da Presidência da entidade, enquadrado na tabela de salários praticados por essa, em atenção ao princípio da economicidade"*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu rejeitar as razões de justificativa apresentadas, sem prejuízo de expedir determinação corretiva ao Senat. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.858/2004, 1.878/2005, 935/2006, 62/2007 e 2.244/2008, todos do Plenário; Acórdão n.º 157/2000-2ª Câmara; Decisões n.os 907/97, 461/98 e 427/1999, todas do Plenário. ***Acórdão n.º 1378/2010-2ª Câmara, TC-017.668/2007-2, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 30.03.2010***.

NOVAS SÚMULAS

Súmula n.º 252
A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Súmula n.º 253
Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica, que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra, devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida, em relação à taxa aplicável aos demais itens.

Súmula n.º 254
O IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

Súmula n.º 255
Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 6 e 7 de abril de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na (s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Observância da Lei n.º 8.666/93 por fundação de direito privado
Ao apreciar tomada de contas especial relativa à execução de convênio celebrado entre o Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur) e a Fundação Iguassu de Turismo e Eventos, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão n.° 1.360/2008, julgou irregulares as contas do então presidente da entidade, em razão da utilização de documento falso para simular a publicação de aviso de licitação, implicando violação à Lei n.º 8.666/93. Inconformado, o responsável interpôs recurso de reconsideração, sob o argumento de que sentença penal deixou de condená-lo por *“fraude a licitação”*, tendo o juiz, naquela assentada, partido do pressuposto de que a Fundação Iguassu – fundação de direito privado – não estaria submetida aos ditames da Lei de Licitações. Em seu voto, o relator deixou assente que *“Essa declaração [...] não afeta a deliberação ora atacada, especialmente porque o termo do citado convênio impunha à Fundação a submissão aos preceitos contidos nessa lei para aquisição do material gráfico promocional”*. Ressaltou, ainda, que a jurisprudência dominante do TCU acena no sentido de ser cabível o exame da regularidade dos procedimentos licitatórios em certames conduzidos por entidade de direito privado, quando o respectivo termo de convênio impõe-lhe, expressamente, a observância dos preceitos contidos na Lei n.º 8.666/93. Em razão da independência das instâncias, *“o TCU pode extrair dos fatos apurados, nos limites de suas competências, as consequências jurídicas que julgar pertinentes. Assim sendo e por ter sido altamente reprovável a conduta do então Presidente daquela Fundação, afiguram-se adequadas as sanções impostas a esse agente”*. Ao final, o relator fez alusão ao voto da deliberação recorrida, no qual restou flagrante a afronta a princípios constitucionais que regem a Administração Pública, e que *“devem ser observados quando se trata da gestão de recursos públicos, em especial os da legalidade, da publicidade, da moralidade, da isonomia e da impessoalidade”*. Portanto, mesmo que se considerasse adequado afastar, no caso em apreço, a incidência da Lei de Licitações, *“subsistiria a necessidade de apenar o recorrente, tendo em vista o desrespeito aos princípios constitucionais acima elencados”*. O relator propôs e o Plenário decidiu negar provimento ao recurso. ***Acórdão n.º 687/2010-Plenário, TC-006.025/2007-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 07.04.2010***.

Exigência editalícia de que o cartucho objeto da licitação seja da mesma marca da impressora
A exigência de que os cartuchos de tinta sejam produzidos pelo mesmo fabricante do equipamento impressor

privilegia a marca do próprio fabricante e restringe a competitividade do certame. Com base nesse entendimento, externado pelo relator em seu voto, o Plenário considerou procedente representação oferecida ao TCU indicando possíveis irregularidades no Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 83/2009 – do tipo menor preço por lote –, promovido pela Secretaria de Estado de Saúde do Acre (SESACRE), cujo objeto era a aquisição de material descartável de informática, de expediente e de limpeza. Segundo a representante, o instrumento convocatório continha exigência restritiva da competitividade, no sentido de que os cartuchos e toners de impressão deveriam ser originais do fabricante do equipamento, não remanufaturados, não reciclados, não similares. Para o relator, a simples constatação de que o objeto não é produzido pelo mesmo fabricante do equipamento não permite conclusões acerca da sua qualidade, nem pode, por si só, suscitar temores de incompatibilidade ou de limitações ao funcionamento do equipamento no futuro. No caso concreto, a busca pela qualidade do produto poderia ter sido contornada, sem que fosse restringido o universo de participantes qualificados. Como exemplo de medida que poderia ter sido empregada para garantir o adequado desempenho dos equipamentos, *"a SESACRE poderia ter adotado procedimentos para restringir a participação apenas dos produtos que não apresentassem desempenho satisfatório, por meio de submissão de amostras a testes"*. Além disso, *"poderia ter inserido no edital, entre as cláusulas relativas às condições de fornecimento do produto, a exigência de que os cartuchos de tinta a serem adquiridos fossem compatíveis com os cartuchos indicados pelos respectivos fabricantes das impressoras, especificando-se objetivamente as características necessárias à compatibilidade, tais como o perfeito funcionamento e adaptabilidade com o modelo e marca da impressora, a capacidade para impressão de determinado número de cópias, a qualidade da impressão, a comprovação de ser original de fábrica e não resultado de processo de recondicionamento ou remanufatura, a apresentação de prazo de validade, entre outras"*. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário expedir determinação corretiva à SESACRE. ***Acórdão n.º 696/2010-Plenário, TC-027.182/2009-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 07.04.2010***.

Influência do prazo de execução da obra no cálculo da parcela de administração central integrante da taxa de BDI

Mostra-se em consonância com a lógica empresarial que a parcela de administração central, integrante da taxa de Bonificação e Despesas Indiretas (BDI), seja calculada não somente pelo valor do contrato e porte da empresa, mas também em função do prazo de execução do objeto. Nesse sentido, é legítimo ao contratado pleitear compensação financeira a título de administração central, quando comprovada a ocorrência de atraso na execução do contrato que possa ser atribuído exclusivamente à Administração; imprescindível, ainda, que desse atraso resulte prejuízo concreto ao particular, impedindo-o de perceber, durante o período de inatividade, a devida contraprestação financeira em face da impossibilidade de vir a executar o objeto na forma avençada e, ao mesmo tempo, de aproveitar aquela fração da administração central em outro empreendimento. Foi esse o entendimento do relator ao examinar relatório de levantamento de auditoria nas obras de desenvolvimento dos sistemas de produção de óleo e gás natural da Bacia de Santos (Pólo de Mexilhão). No referido relatório, a unidade técnica identificou como indício de irregularidade a *"inclusão indevida de R$ 4.211.121,89, a título de custo de administração central, no item referente ao atraso na emissão da Autorização de Serviços de construção e montagem AS-02 do 3º aditivo ao Contrato nº 0801.0031.003.07.2 [...], haja vista que o percentual máximo de 8% relativo ao custo de administração central, estabelecido no demonstrativo de formação de preços da proposta original, já está embutido no custo dos serviços que integram o aditivo, não havendo amparo legal ou contratual para que seja negociado adicionalmente novo custo de administração central em função, apenas, da extensão do prazo contratual por mais 99 dias"*. Em seu voto, discordando da unidade técnica, o relator afirmou que esse raciocínio *"tem margem para prevalecer somente nos casos de atraso injustificado atribuído ao contratado, o que não se conforma à situação concreta, na qual as constantes prorrogações da data prevista para emissão da AS-02, por força exclusiva da Petrobras [...], impossibilitaram o consórcio de refazer o seu planejamento inicial de modo a alocar a parcela da administração central, previamente vinculada à obra em questão, em outras atividades"*. Conforme amplamente debatido, a parcela de administração central integrante da taxa de BDI tem como finalidade *"cobrir despesas administrativas voltadas a dar suporte à atividade-fim da empresa, de acordo com as suas particularidades. Citam-se as despesas com os setores de finanças, contabilidade e compras, bem como salários de diretores e demais profissionais que não se vinculam diretamente às atividades contratadas, senão em caráter de apoio, viabilizando os meios necessários ao andamento dos serviços propostos"*. Nesse sentido, qualquer mudança em contrato específico que venha a alterar essa estimativa inicial, tanto em razão de acréscimos de quantitativos ou inclusões de itens de serviço, quanto por força da extensão do prazo original, *"deve refletir em aumento financeiro da parcela de administração*

central”. Ressaltou, no entanto, que *“não basta [...] que, para se legitimar qualquer acréscimo no valor contratual previsto para a parcela de administração central, o atraso tenha sido provocado exclusivamente pela Administração. É preciso também [...] que desse atraso resulte prejuízo concreto ao particular”*. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 692/2010-Plenário, TC-006.536/2008-3, rel. Min. Augusto Nardes, 07.04.2010***.

Adoção de novo ‘Acordo de Nível de Serviço’ durante a execução contratual
Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 13/2009, promovido pela Coordenação-Geral de Informática do Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE), destinado à contratação de serviços especializados na área de *“Tecnologia da Informação e Comunicação”*. Ao analisar o edital da licitação, bem como o seu termo de referência, a unidade técnica identificou desconformidades com os termos da IN/SLTI/MP n.º 04/2008. Com relação às *“inconsistências entre indicadores e acordo de nível de serviço”*, a unidade instrutiva propôs expedir-se recomendação ao órgão no sentido de que, *“apesar de ser possível a inclusão de novos Acordos de Nível de Serviço no termo contratual, desde que tenham sido devidamente motivados e previstos no processo licitatório, é vedada a alteração ou a renegociação, nos contratos públicos, dos níveis de serviços já pré-estabelecidos nos editais”*. O relator não anuiu à proposta. Em primeiro lugar, por entender *“não caber a ressalva sugerida para a redação da recomendação, no sentido de se considerar possível a inclusão de novos acordos de nível de serviço no termo contratual”*, tendo em vista que *“as instruções normativas da SLTI 02/2008 e 04/2008, que materializam novo modelo de contratação, não contemplam tal possibilidade”*. Em segundo lugar, *“É fato que este Tribunal já se manifestou no sentido de não se admitir a alteração dos acordos de nível de serviço contratados, a exemplo do que foi decidido no Acórdão 1125/2009-TCU - Plenário. Todavia, ao analisar a questão sob a perspectiva da realidade enfrentada pelos gestores de TI dos órgãos e entidades da Administração Pública, é forçoso reconhecer que essa restrição pode configurar um engessamento indevido neste momento. Há que ser considerado que, na prática, isso equivaleria a se exigir do gestor que ele acertasse, sem qualquer margem de erro, o nível de serviço que efetivamente vai atender às necessidades do órgão/entidade no momento da elaboração do edital. Contudo, sabemos que após a implantação das soluções de TI, podem surgir fatores não previstos que podem afetar os resultados esperados, obrigando o gestor a se ajustar aos mesmos. Não permitir que os níveis de serviços contratados possam ser revistos poderia então se mostrar antieconômico, caso se viesse a constatar, na prática, que os níveis exigidos em edital estão acima das reais demandas e, portanto, custando mais do que o mínimo necessário. Por outro lado, caso os níveis especificados não sejam suficientes, não permitir a sua elevação poderia comprometer a qualidade dos serviços implantados”*. Acolhendo a proposição do relator, decidiu o Plenário determinar ao MTE que se abstenha de prever no edital a possibilidade de adoção de novos Acordos de Nível de Serviço durante a execução contratual, sendo possível, entretanto, a alteração ou a renegociação dos níveis de serviços pré-estabelecidos nos editais, desde que *“esteja prevista no edital e no contrato”*; *“seja tecnicamente justificada”*; *“não implique acréscimo ou redução do valor contratual do serviço além dos limites de 25% permitidos pelo art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993”*; e *“não configure descaracterização do objeto licitado”*. ***Acórdão n.º 717/2010-Plenário, TC-009.511/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.04.2010***.

Divulgação do orçamento no edital do pregão
Representações oferecidas ao TCU indicaram possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 55/2008, promovido pela Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça (CGL/MJ), com o objetivo de efetuar registro de preços e contratar a aquisição de 10.000 conjuntos para exame da concentração de etanol do ar expirado do pulmão, equipamento popularmente conhecido como “bafômetro”. Entre as supostas irregularidades, foi apontada a ausência, no edital, de estimativa de preços. Em seu voto, concordou o relator com a unidade técnica, em especial quanto à assertiva de que, no caso concreto, *“a ausência de orçamento estimativo não prejudicou a oferta de preço das licitantes”*, haja vista que *“esse pregão, por ser na modalidade presencial”*, possibilitou-lhes, *“durante a sessão de abertura das propostas, a consulta aos autos do procedimento licitatório”*, além do que *“não houve desclassificação de proposta por ter excedido o preço máximo”*. Portanto, a anulação da licitação seria de extremo rigor e não iria ao encontro do interesse público. Acolhendo a manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de determinar à CGL/MJ que, nas próximas licitações na modalidade pregão, inclusive nas que tenham por finalidade o registro de preços, *“inclua obrigatoriamente o orçamento no Termo de Referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal Termo de Referência, ou o próprio*

orçamento, no edital, ou de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-lo”. Além disso, *“divulgue no edital o valor estimado da contratação, em atenção ao princípio da publicidade”*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.925/2006 e 114/2007, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 714/2010-Plenário, TC-032.191/2008-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 07.04.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Licitação como regra para a contratação de serviços advocatícios

A regra para a contratação de serviços advocatícios é a licitação, e a inexigibilidade exceção que deve ser precedida da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado. Quanto à natureza singular do objeto, *“há de ser o serviço técnico tão incomum, raro, incomparável com outros, que somente possa ser prestado por profissional ou empresa cuja especialização naquele tipo de serviço seja notória. O objeto do contrato deve revelar-se de tal singularidade que não dê condições a que se proceda qualquer competição entre os profissionais existentes no ramo”*. Com base nesse entendimento, defendido pelo relator ao examinar prestação de contas da empresa Fafen Energia S.A. – subsidiária integral da Petrobras –, relativa ao exercício de 2006, a Primeira Câmara considerou irregular a contratação de escritório advocatício mediante inexigibilidade de licitação. Em seu voto, o relator observou, preliminarmente, que a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que a Petrobras e suas controladas devem observar os ditames da Lei n.º 8.666/93. De qualquer forma, no presente caso, *“o teor do Decreto 2.745/1998, declarado inconstitucional por meio da Decisão nº 663/2002-TCU-Plenário (confirmada pelo recentíssimo Acórdão 560/2010-TCU-Plenário), não respaldaria a contratação direta”*, uma vez que *“essa mesma norma, em seu item 2.3.b, diferentemente da afirmação dos responsáveis, apenas permite a inexigibilidade quando há inviabilidade fática ou jurídica de competição”*. Na situação concreta, não restou *“caracterizada a singularidade do objeto, uma vez que não se consegue determinar de antemão quais serão os assuntos relativos ao campo comercial, societário, tributário consultivo e contencioso, imobiliário, contencioso cível, trabalhista consultivo e contencioso, mercado financeiro (bancário), mercado de capitais, administrativo, ambiental, regulatório, direito concorrencial e terceiro setor a serem demandados à contratada. Os objetos rotineiros e singelos relacionados a essas áreas deveriam ser licitados. Apenas aqueles comprovadamente singulares, se é que existiam, deveriam integrar uma eventual contratação por inexigibilidade.”*. Não tendo sido verificados indícios de dano à empresa, locupletamento ou má fé dos gestores, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu tão somente expedir determinação corretiva à Fafen Energia S.A. Precedentes citados: Decisão n.º 191/2000-1ª Câmara; Acórdão n.º 479/2002-1ª Câmara; Acórdãos n.os 622/2008 e 4.254/2008, ambos da 2ª Câmara; Acórdãos n.os 2.115/2008, 1.299/2008, 116/2002, 160/2004 e 594/2005, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1732/2010-1ª Câmara, TC-025.598/2007-0, rel. Min. Augusto Nardes, 06.04.2010***.

Licitações no âmbito da Petrobras: 1 - Pesquisa de preços e interpretação do art. 43, IV, da Lei n.º 8.666/93

Por meio do Acórdão n.º 2.071/2009, a Primeira Câmara determinou à Termoaçu S.A., empresa do grupo Petrobras, que *“realize e deixe demonstrado no processo licitatório pesquisa de preços de mercado para subsidiar o julgamento das propostas, de forma a evidenciar o seguimento ao princípio constitucional da economicidade”*. Contra a referida determinação, foi interposto recurso de reconsideração, sob o argumento de que o art. 43, IV, da Lei n.º 8.666/93 estabelece exceção à obrigatoriedade da pesquisa de preços, representada pela expressão *“conforme o caso”*, senão vejamos: *“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...) IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, **conforme o caso**, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;”*. Para o relator, uma simples leitura do dispositivo *“torna claro que o uso da expressão destina-se não a excepcionar a realização da pesquisa de preços, mas a enumerar de que modo pode ser feita, ou seja, tomando como referência os preços correntes de mercado, os preços fixados por órgão oficial competente ou, ainda, aqueles constantes do sistema de registro de preços”*. Esse entendimento é reforçado *“pelo fato de que, de acordo com o **caput** do art. 43, a verificação da conformidade da proposta com o edital, no que concerne aos preços, é procedimento necessário ao processamento da licitação, não cabendo falar em facultatividade”*. Acolhendo o voto do relator, a Primeira

Câmara decidiu negar provimento ao recurso. ***Acórdão n.º 1744/2010-1ª Câmara, TC-027.081/2008-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 06.04.2010***.

Licitações no âmbito da Petrobras: 2 - Necessidade de três propostas válidas na modalidade de convite
A Termoaçu S.A., empresa do grupo Petrobras, insurgiu-se também contra a seguinte determinação constante do Acórdão n.º 2.071/2009-1ª Câmara: *"sejam homologadas as licitações na modalidade 'Convite' apenas quando o certame contar com o número mínimo de três pessoas físicas ou jurídicas que apresentem propostas válidas, conforme estabelece o item 3.1.3 do Decreto nº 2.745/98 e a Súmula do TCU nº 248, a qual deve ser estendida ao Decreto nº 2745/98 uma vez que se trata de assunto análogo, que fixa o entendimento de que, não se obtendo o mínimo de três propostas aptas à seleção na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvando as hipóteses previstas no art. 22, parágrafo 7º, da Lei nº 8.666/1993"*. Segundo a recorrente, o Decreto n.º 2.745/98 (Regulamento do Procedimento Licitatório da Petrobras) e a Lei n.º 8.666/93 não exigem a presença de três propostas válidas, mas apenas que o convite seja remetido a um número mínimo de três interessados. A recorrente fez alusão, ainda, à possibilidade de o certame na modalidade convite não obter o número mínimo de licitantes e, mesmo assim, poder prosseguir, conforme previsto na Lei n.º 8.666/93. Para o relator, a determinação em tela segue precisamente o teor da Súmula n.º 248 da jurisprudência do TCU, que, ao sintetizar o entendimento construído no Tribunal por meio de inúmeras deliberações, vai ao encontro da necessidade de preservar um mínimo de competitividade em uma modalidade de licitação que, sabidamente, proporciona ampla liberdade ao contratante na escolha dos participantes. Dessa forma, *"milita na direção da obtenção da melhor proposta para a Administração, objetivo fundamental das licitações"*. No que se refere à possibilidade de participação de um número de licitantes inferior a três, devido a limitações de mercado ou a manifesto desinteresse dos convidados, *"a própria determinação a contempla, ao fazer menção ao art. 22, parágrafo 7º, da Lei nº 8.666/1993"*. A Primeira Câmara acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 1744/2010-1ª Câmara, TC-027.081/2008-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 06.04.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 13 e 14 de abril de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na (s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Desclassificação de licitante por erro no preenchimento da planilha de preços
O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando à Fundação Universidade do Amazonas que se abstivesse de praticar quaisquer atos decorrentes do Pregão Eletrônico n.º 76/2009, destinado ao registro de preços para a contratação de serviços de almoxarife, recepcionista e apoio administrativo. A irregularidade que estaria a macular o pregão envolvia a desclassificação da proposta oferecida pela representante, mesmo tendo esta *"comprovado possuir a cobertura securitária bastante exigida no edital"*. A memória de cálculo apresentada pela representante, extraída do sistema Comprasnet, demonstrou que houve equívoco em seu preenchimento, tendo sido informado o valor do capital segurado da apólice (R$ 749.780,78), em vez do valor do prêmio (R$ 422,80). De acordo com a unidade técnica, em que pese cláusula editalícia estabelecer que *"Serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências do presente Edital e seus Anexos, sejam omissas ou apresentem irregularidades na composição dos preços ofertados, especialmente quanto à memória de cálculo"*, não se pode deixar de considerar o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, contido no art. 3º da Lei n.º 8.666/93. Nesse sentido, o erro cometido pela representante, *"na informação da memória de cálculo dos insumos de mão de obra, correspondente ao item seguro de vida em grupo, não compromete a execução do contrato e o interesse da administração, não podendo ser considerado como relevante"*. O aspecto de maior relevância a ser considerado no caso é que *"a licitante dispõe de cobertura securitária para fazer face aos encargos indenizatórios decorrentes de eventual acidente de trabalho de seus empregados, o que se constitui em salvaguarda da administração concernente à responsabilidade subsidiária do contratado"*. Ainda quanto ao caso concreto, ressaltou o relator haver *"possibilidade de prejuízo à administração, visto que o valor total de R$ 1.262.460,96 da proposta vencedora representa um dispêndio adicional de mais de 20% para a administração, se comparada com o valor total da proposta apresentada pela representante, de R$ 1.036.401,21"*. Para o relator, *"são fatos suficientes para evidenciar o* ***fumus boni iuris****"*. O **periculum in mora** consistiria na *"iminente contratação da empresa vencedora do certame"*. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-007.573/2010-3, rel. Min. Augusto Nardes, 14.04.2010***.

Licitação para contratação de serviços de *call center*: 1 - Objeto comum e uso do pregão
A teor do art. 46 da Lei n.º 8.666/93, a licitação do tipo *técnica e preço* deve ser utilizada exclusivamente para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, em que a arte e a racionalidade humana sejam imprescindíveis à satisfatória execução do serviço. Os serviços de **call center**, caracterizados como serviços comuns, **ex vi** do disposto na Lei n.º 10.520/2002, devem ser licitados por meio da modalidade pregão, preferencialmente eletrônico, salvo motivo devidamente justificado. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação que indicava supostas irregularidades na Concorrência n.º 01/2009, tipo *técnica e preço*, promovida pelo Ministério da Saúde, tendo por objeto a prestação de serviços destinados à implantação e operação da *"Central de Teleatendimento do Departamento de Ouvidoria Geral do SUS, da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa"* daquele Ministério. Insurge-se a representante contra a escolha da modalidade concorrência, e o respectivo tipo da licitação, argumentando que os serviços licitados não poderiam ser considerados como de natureza predominantemente intelectual, mas sim bens e serviços comuns, passíveis de serem contratados por meio de pregão, além do que não teria sido apresentada justificativa para a não utilização dessa modalidade. Apesar da tentativa do órgão em não caracterizar o objeto licitado como serviços comuns, sob o argumento principal de não se tratar de uma simples contratação de **call center**, mas sim de um atendimento que requer mão de obra especializada, ou seja, atendentes cursando nível superior na área da saúde, o relator acolheu a instrução da unidade técnica, para a qual *"tal circunstância não tem por si só o condão de retirar do objeto a qualificação de serviço comum"*, uma vez que *"o projeto básico estabelece que os teleatendentes, quando da interlocução com os usuários, utilizarão a base de conhecimento informatizada do Sistema Ouvidor – SUS e, diante da ausência de resposta ou de informação na referida base, deverão registrar a solicitação do usuário no sistema informatizado, fornecendo o número do protocolo a esse usuário, o que [...] desqualifica as atividades como de natureza predominantemente intelectual, nada diferenciando de um atendimento comum de **call center**"*. Na prática, *"os atendentes deverão seguir um protocolo ou um roteiro de atendimento pré-estabelecido pelo Ministério da Saúde"*. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário determinar ao Ministério da Saúde que *"adote, no prazo de 15 (quinze) dias, as providências necessárias com vistas à anulação da Concorrência n.º 1/2009, promovida pelo Departamento de Logística, tendo em vista a escolha de modalidade e tipo de licitação inadequados ao objeto licitado"*. Caso persista a necessidade de contratar o objeto da aludida licitação, *"adote a modalidade licitatória pregão, de preferência em sua forma eletrônica"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.118/2008, 2.471/2008, 237/2009 e 265/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 767/2010-Plenário, TC-002.319/2010-1, rel. Min. José Jorge, 14.04.2010***.

Licitação para contratação de serviços de *call center*: 2 - Alto fator de ponderação atribuído à pontuação técnica
A empresa representante opõe-se também aos critérios de pontuação constantes do edital da Concorrência n.º 01/2009, tipo *técnica e preço*, promovida pelo Ministério da Saúde, tendo-os por restritivos, sobretudo em razão do alto fator de ponderação atribuído à pontuação técnica. Em seu voto, o relator ressaltou que *"ainda que não existissem irregularidades na escolha da modalidade e do tipo da licitação, o certame em questão não poderia ter prosseguimento, vez que os critérios de pontuação técnica constantes do edital importam em restrição ao caráter competitivo da licitação"*. O principal argumento apresentado para justificar a adoção dos critérios constantes do edital foi a necessidade de o órgão se precaver contra contratações de risco. Em que pese ser louvável essa preocupação, o relator reconheceu acertada a posição da unidade técnica, no sentido de que é a habilitação, e não o julgamento da proposta técnica, o momento adequado para a Administração prevenir-se de contratações de risco. Enfatizou, ainda, que *"A Administração deve, de quando em sempre, buscar a proposta que melhor atenda aos seus interesses."*. Contudo, tal objetivo *"não deve ser exacerbado a ponto de malferir, de maneira injustificada, outro princípio legal não menos importante, que é o da competitividade do certame"*. Na espécie, observou o relator que foi atribuído à proposta técnica o fator 7 (sete) na ponderação dos pontos possíveis, *"sem, contudo, ter sido apresentada uma justificativa plausível para tamanha discrepância em relação ao fator 3 (três) da proposta de preço, bem assim a sua necessidade em face da complexidade do objeto licitado"*, em desacordo com a jurisprudência do Tribunal e com o que dispõe a Instrução Normativa n.º 2/2008, da SLTI/MPOG, em seu art. 27, § 3º, **verbis**: *"É vedada a atribuição de fatores de ponderação distintos para os índices técnica e preço, sem que haja justificativa para essa opção."*. Precedente citado: Acórdão n.º 1.782/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 767/2010-Plenário, TC-002.319/2010-1, rel. Min. José Jorge, 14.04.2010***.

Licitação para contratação de serviços de *call center*: 3 - Possibilidade da aplicação de sanção a licitante mesmo depois de anulado o certame

A anulação da licitação não obsta a aplicação das sanções previstas na Lei n.º 8.666/93 (art. 88, II, c/c art. 87, III e IV). Foi essa a conclusão a que chegou a unidade técnica após defender que, *"caso seja comprovado que a licitante, de maneira dolosa, tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, ao apresentar atestado de capacidade técnica contendo irregularidades, falsidades e/ou vícios, pode a Administração aplicar sanções administrativas a esta licitante, independentemente de vínculo contratual posterior"*. Acolhendo a manifestação da unidade instrutiva, o relator propôs e o Plenário deliberou no sentido de informar o Departamento de Logística da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde *"sobre a possibilidade de aplicação de sanção administrativa a licitantes, independentemente de vínculo contratual posterior, após a correta configuração do ato ilícito, conforme artigo 88, inciso II, e artigo 87, incisos III e IV, ambos da Lei n.º 8.666, de 1993"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.077/2007, 2.859/2008 e 790/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 767/2010-Plenário, TC-002.319/2010-1, rel. Min. José Jorge, 14.04.2010***.

Incidência do art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, em caráter excepcional, no fornecimento de medicamentos

Ao apreciar os resultados da auditoria de natureza operacional realizada na ação "Atenção aos Pacientes Portadores de Doenças Hematológicas", gerenciada pela Coordenação-Geral de Sangue e Hemoderivados, no âmbito do Ministério da Saúde, o relator destacou que a relevância do tema *"impõe exame acurado das causas e consequências das crises de abastecimento dos hemoderivados no Brasil"*. Caberia ao TCU não só identificar e conhecer todo o processo que regula a compra, aplicação e distribuição de tais substâncias, como também recomendar soluções factíveis e permanentes para questão tão sensível, qual seja, a oferta insuficiente de hemoderivados adquiridos de forma centralizada pelo Ministério da Saúde, e que atinge diretamente cerca de doze mil pessoas em todo o país. O relator salientou que o tratamento de pacientes com hemofilia e de pacientes com outras deficiências de fatores de coagulação baseia-se na terapia de reposição. Esse tratamento, contudo, *"não é único e pode ocorrer de formas distintas. A mais usual é por demanda, iniciada tão logo ocorra evento hemorrágico. Ela pode ser realizada em centros especializados ou na residência do hemofílico. O tratamento na residência é atendido pelo programa de Dose Domiciliar de Urgência – DDU, que procura distribuir doses por paciente. Essas devem ser armazenadas em sua residência e usadas tão logo ocorra um evento hemorrágico"*. Todavia, *"em razão das crises de abastecimento e da falta de regularidade na distribuição dos medicamentos, constatou-se uma série de interrupções no seu fornecimento"*. Na busca por soluções, a equipe de auditoria apresentou propostas, sendo que a mais importante, segundo o relator, é permitir a aplicação, em caráter excepcional, do inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, o qual possibilita que, nos casos de prestação de serviços executados de forma contínua, seja viável a celebração de contratos com vigência superior aos respectivos créditos orçamentários. Frisou o relator que *"as características necessárias para que um serviço seja considerado contínuo são: essencialidade, execução de forma contínua, de longa duração e possibilidade de que o fracionamento em períodos venha a prejudicar a execução do serviço"*. Concordou com a equipe de auditoria no sentido de que *"essas características encontram-se presentes nas contratações para entrega de fatores de coagulação"*. E acrescentou não ter dúvida de que *"se trata de serviço essencial, pois qualquer interrupção no fornecimento de hemoderivados deixará à própria sorte indivíduos que dependem desses medicamentos para se manterem saudáveis"*. Acolhendo o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de *"admitir, em caráter excepcional, com base em interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que as contratações para aquisição de fatores de coagulação sejam consideradas como serviços de natureza contínua"*. Precedente citado: Acórdão n.º 1.859/2006-Plenário. ***Acórdão n.º 766/2010-Plenário, TC-006.693/2009-3, rel. Min. José Jorge, 14.04.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

IRPJ e CSLL não podem vir destacados no BDI, mas podem integrar o lucro da licitante

A indicação destacada, na composição do BDI, do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que as empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta. A evolução da jurisprudência do Tribunal não deve impactar as relações jurídicas já constituídas, salvo se comprovada a existência de sobrepreço. Foi esse o entendimento defendido pelo

relator, ao apreciar tomada de contas especial instaurada para apurar irregularidades na aplicação de recursos transferidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego à Secretaria de Estado do Trabalho, Emprego e Promoção Social, do Paraná (SETP/PR). Apurou-se o débito decorrente de pagamentos supostamente irregulares efetuados à Organização Brasileira de Prestação de Serviços Ltda. (Orbral) – contratada pela SETP/PR, no âmbito do Convênio n.º 55/2006, por meio do Contrato n.º 2/2006 –, atinentes aos valores do IRPJ e da CSLL. Em seu voto, o relator fez alusão ao Enunciado n.º 254 da Súmula da Jurisprudência do TCU, segundo o qual *"o IRPJ - Imposto de Renda Pessoa Jurídica - e a CSLL - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas - BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado"*. Observou que o Tribunal vem adotando, todavia, o entendimento de que a indicação, em destacado, desses tributos na composição de preços não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois era legítimo, no passado, que as empresas os considerassem quando do cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta de preços. Para o relator, a deliberação que inaugurou tal posicionamento – o Acórdão n.º 1.591/2008-Plenário – não alterou o entendimento consubstanciado nos Acórdãos n.ºs 325/2007 e 950/2007, ambos do Plenário. Em verdade, *"ela trouxe, em atenção ao princípio da segurança jurídica, temperamento temporal aos critérios estabelecidos nesses acórdãos, passando a admitir – ressalvado se comprovada a ocorrência de sobrepreço – a inclusão do percentual dos aludidos tributos na composição do BDI para os contratos firmados anteriormente à fixação do entendimento no sentido de que tais parcelas não podem ser transferidas automaticamente ao contratante"*. Ao final, ressaltou que *"a jurisprudência do TCU apenas obsta a inclusão desses tributos na composição do BDI, buscando alcançar a sua padronização e, em consequência, garantir maior transparência na execução dos gastos públicos. Não quer o TCU, com isso, impedir a sua inserção na composição dos custos das empresas privadas, pois, se assim o fizesse, estaria se imiscuindo na formação de preços privados e impedindo as empresas de embutir, nos seus custos, tributos ditos diretos. Desse modo, mesmo quando não incluídos destacadamente no BDI, o TCU não pode impedir a inserção de percentual destinado à satisfação do IRPJ e da CSLL no bojo do lucro da empresa, eis que este é livremente arbitrado por ela segundo as condições de mercado e suas próprias aspirações. Assim, muito embora os tributos diretos não possam vir destacados, podem vir embutidos dentro do lucro da empresa"*. Considerando, então, que o contrato celebrado com a Orbral foi firmado em 1º/6/2006 e, ainda, que não foram apontados indícios de sobrepreço pela unidade técnica, *"é justo que se lhe aplique o precedente ditado pelo Acórdão 1591/2008-Plenário, devendo ser excluídos do débito apurado nos autos os valores correspondentes ao IRPJ e à CSLL"*. A Segunda Câmara anuiu à conclusão do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 581/2009, 1.906/2009, 1.984/2009 e 2.099/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1591/2010-2ª Câmara, TC-006.211/2008-8, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 13.04.2010***.

Cláusulas editalícias restritivas à competitividade: 1 - Exigência de número mínimo de atestados para fim de qualificação técnica

Representação oferecida ao TCU apontou indícios de irregularidades na Tomada de Preços n.º 2/2008, promovida pelo Município de Vale do Anari/RO, cujo objeto era a contratação de empresa de engenharia para construção de uma escola municipal de ensino médio e infantil, com recursos federais provenientes do Convênio n.º 842200/FNDE/2006. No que concerne aos critérios de qualificação técnica, o instrumento convocatório exigiu a comprovação de experiência anterior mediante a apresentação de, no mínimo, três certidões de acervo técnico fornecidas pelo Crea/RO, para cada um dos quantitativos mínimos das parcelas de maior relevância da obra fixados no edital, os quais deveriam estar registrados exclusivamente no nome do responsável técnico da empresa licitante. O relator ressaltou que tal prática tem sido condenada em deliberações do TCU, a exemplo do Acórdão n.º 571/2006-Plenário, no qual restou assente que *"o estabelecimento de uma quantidade mínima de atestados fere o preceito constitucional da isonomia, porque desiguala injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Não se pode inferir que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois"*. Isso porque *"a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe"*. O relator propôs e a Segunda Câmara decidiu considerar procedente a representação. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 298/2002, 351/2002, 330/2005, 167/2006, 539/2007, 739/2007, 1.706/2007 e 43/2008, todos do Plenário; Acórdãos n.ºs 1.873/2007 e 1.526/2008, ambos da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 1593/2010-2ª Câmara, TC-006.347/2008-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 13.04.2010***.

Cláusulas editalícias restritivas à competitividade: 2 - Índices de qualificação econômico-financeira destoantes da realidade do mercado

Em relação aos índices de qualificação econômico-financeira, o relator observou que a exigência estabelecida no edital da Tomada de Preços n.º 2/2008, promovida pelo Município de Vale do Anari/RO, mostrou-se igualmente restritiva, uma vez que, conforme assinalou a unidade técnica, os índices econômicos requeridos das licitantes estavam totalmente destoantes da realidade do mercado, em desacordo com a Lei n.º 8.666/93, que estabelece, em seu art. 31, § 5º, que tais índices *"devem estar devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao procedimento licitatório, sendo vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação"*. A irregularidade pôde ser confirmada a partir dos dados publicados pela Revista Exame no ano de 2005 (Melhores e Maiores), que demonstraram que a média dos referidos índices para as empresas de construção civil situou-se em patamar bem inferior. O relator ressaltou, também, que as restrições impostas pelo Município de Vale do Anari/RO resultaram efetivamente no esvaziamento da licitação, já que, das quatro empresas que adquiriram cópia do edital, apenas uma apresentou proposta de preços. O relator propôs e a Segunda Câmara decidiu considerar procedente a representação. Precedente citado: Decisão n.º 455/98-Plenário. ***Acórdão n.º 1593/2010-2ª Câmara, TC-006.347/2008-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 13.04.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 20 de abril de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na (s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PRIMEIRA CÂMARA

Responsabilidade, perante o TCU, do parecerista jurídico
Ex-Procurador-Geral do Estado do Tocantins interpôs recurso de reconsideração contra o Acórdão n.º 2.109/2009, por meio do qual a Primeira Câmara julgou irregulares as suas contas e aplicou-lhe multa, em razão da emissão de parecer jurídico favorável a contratação *"baseada em objeto amplo e mediante alegação imprópria de emergência"*. Em seu voto, o relator concordou com o Ministério Público junto ao TCU, ao assinalar que, *"Muito embora esse mesmo parecer alerte para a necessidade de observância dos requisitos estabelecidos no mencionado artigo 26, parágrafo único, da Lei de Licitações, ao final concluiu pela inexistência de óbices na contratação direta em questão, conquanto inexistissem nos autos as referidas justificativas exigidas em lei, conforme alertado pelo Núcleo Setorial de Controle Interno. [...] Assim, entendo caracterizada a responsabilidade do recorrente."*. Considerando que *"o ato do queixante contribuiu para a consumação da irregularidade praticada pelo gestor"*, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu negar provimento ao recurso. Precedente citado: Acórdão n.º 1.801/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 1964/2010-1ª Câmara, TC-019.801/2007-3, rel. Min. Augusto Nardes, 20.04.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Licitação para registro de preços: 1 - Bons parâmetros para elaboração da planilha de custos e formação de preços
Representação formulada ao TCU noticiou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico para Registro de Preços n.º 2/2009, conduzido pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), cujo objeto era a prestação de serviços de cerimonial e atividades afins, com fornecimento de infra-estrutura e apoio logístico. Preliminarmente, tendo sido verificado que o órgão não realizou ampla pesquisa de mercado previamente à realização do certame, *"tomando como estimativa de preços a cotação de empresa cuja atividade econômica sequer enquadrava-se no objeto licitado"*, o relator deferiu medida cautelar, referendada pelo Plenário, determinando ao Iphan que não autorizasse novas adesões à ata de registro de preços resultante do aludido pregão, até que o TCU se manifestasse sobre o mérito da questão. Visando apurar a adequabilidade dos preços estimados no âmbito da licitação, a unidade técnica elaborou tabelas efetuando comparação com os valores ofertados em pregões eletrônicos conduzidos pela Controladoria Geral da União e pelos Ministérios da Cultura, da Justiça e da Educação, ocorridos em datas próximas ao certame sob análise, todos relativos à contratação do mesmo tipo de serviço. A segunda comparação feita pela unidade instrutiva foi em relação aos itens licitados por intermédio de pregão conduzido pelo próprio TCU, e

a terceira, em relação aos *"preços de itens relativos a fornecimentos em ambiente hoteleiro"*. Partindo dos dados coletados, o relator concluiu *"que a pesquisa de preços que serviu de base para a realização do Pregão Eletrônico nº 2/2009 contempla valores bastante superiores aos preços praticados em outros certames, havendo fortes indícios da ocorrência de excedente de preço na maioria dos itens constantes do termo de referência"*. A Segunda Câmara acolheu a proposta do relator de determinar ao órgão a adoção das *"providências necessárias à anulação do Pregão Eletrônico nº 2/2009, bem como de todos os atos dele decorrentes, inclusive a Ata de Registro de Preços e o Contrato nº 39/2009"*, celebrado entre o Iphan e a vencedora da licitação. ***Acórdão n.º 1720/2010-2ª Câmara, TC-017.287/2009-2, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 20.04.2010***.

Licitação para registro de preços: 2 - Fixação de preço mínimo e necessidade da definição de quantitativo para os itens que compõem a planilha

No âmbito da representação, foi também apurado que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) fixou preços mínimos no Pregão Eletrônico para Registro de Preços n.º 2/2009, ao estabelecer *"limites mínimos de exequibilidade das propostas"*. De acordo com o edital, nenhum item poderia ter preço inferior a 50% do máximo estabelecido, e o valor total da proposta não poderia ser menor que 70% do máximo estipulado. Para o relator, *"a contratação efetuada não alcançou a proposta mais vantajosa para a Administração"*, tendo diversos licitantes sido desclassificados por cotarem valores globais abaixo do limite mínimo exequível definido no instrumento convocatório, *"o que denota, em princípio, que havia a possibilidade de se executar o objeto por valor menor que o contratado"*. Deixou assente, ainda, que a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que, antes de ser declarada a inexequibilidade dos preços ofertados pelos licitantes, deve-lhes ser facultada a possibilidade de comprovarem a exequibilidade de suas propostas. Outra irregularidade constatada na licitação foi a não fixação, no edital, dos quantitativos a serem executados pela futura contratada. Para o relator, essa imprecisão *"pode, de fato, resultar na adoção de preços não condizentes com as demandas futuras, vez que o licitante não tem como avaliar a sua capacidade de atender às solicitações do possível contratante"*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu alertar ao Iphan que *"a desclassificação de licitantes pela apresentação de propostas que contenham preços considerados inexequíveis, sem que antes lhe seja facultada a oportunidade de apresentar justificativas para os valores ofertados, vai de encontro ao contido no art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993, e à jurisprudência desta Corte"*, e também que *"o orçamento-base da licitação contendo o detalhamento de todos os serviços previstos, bem como a previsão dos quantitativos que serão executados no âmbito do ajuste a ser firmado, deve ser disponibilizado aos licitantes, em atendimento ao disposto no art. 7º, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993, c/c art. 9º, inciso II, do Decreto nº 3.931, de 2001"*. Precedentes citados: Acórdão n.º 1.100/2008-Plenário e Acórdãos n.ºs 612/2004 e 559/2009, ambos da 1ª Câmara. ***Acórdão n.º 1720/2010-2ª Câmara, TC-017.287/2009-2, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 20.04.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 27 e 28 de abril de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Credenciamento visando à prestação de serviços advocatícios: 1 - Contratação, por inexigibilidade de licitação, para execução de atividades de natureza continuada

Representação oferecida ao TCU indicou supostas irregularidades perpetradas pelo Banco da Amazônia S/A (BASA), referentes ao Credenciamento n.º 2009/001. Entre elas, foi apontado o descumprimento das determinações constantes dos Acórdãos n.os 1.443/2007-Plenário e 3.840/2008-1ª Câmara, no sentido de que o BASA se limitasse a contratar serviços advocatícios apenas para atender a situações específicas, devidamente justificadas, abstendo-se de contratá-los para execução de atividades rotineiras do órgão, salvo eventual demanda excessiva. Em seu voto, o relator asseverou que *"a questão primordial analisada nestes autos diz respeito à terceirização de serviços advocatícios, que o Banco da Amazônia S/A insiste em manter mediante a contratação de escritórios de advocacia para a prestação de serviços judiciais e extrajudiciais em geral, em vez de contratar os referidos profissionais por meio de concurso público"*. Para ele, a matéria já tem entendimento pacífico no TCU, no sentido de que contratações dessa espécie somente podem ser consideradas legais se efetivadas para serviços específicos, de natureza não continuada e com características singulares e complexas, que evidenciem a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da entidade. Assim sendo, as justificativas apresentadas pelo Presidente do BASA e pelo Presidente do Comitê de Licitações do Banco em resposta às audiências, referentes à singularidade dos serviços, bem

como ao aspecto da discricionariedade sustentado, *"não merecem acolhida desta Corte, haja vista que o credenciamento ora examinado envolve a prestação de serviços advocatícios de natureza continuada, isto é, vem sendo mantida há mais de dez anos. Ademais, as características das contratações em tela não se revestem de grande complexidade, pois abarcam processos de ações de cobrança de créditos e de ações cíveis e trabalhistas onde o Banco detém a condição de réu. Na maioria dos casos, a defesa é padronizada, o que confirma ser dispensável a utilização de técnicas jurídicas complexas ou alto grau de conhecimento para o desempenho dos serviços contratados"*. Considerando que o edital de credenciamento já estava encerrado, não cabendo, portanto, a sua anulação, o relator propôs e o Plenário decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de expedir determinação corretiva ao BASA. ***Acórdão n.º 852/2010-Plenário, TC-012.165/2009-7, rel. Min. Valmir Campelo, 28.04.2010***.

Credenciamento visando à prestação de serviços advocatícios: 2 - Exigência de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil há mais de quatro anos, e de prática forense por mais de quatro anos

Ainda em relação ao Credenciamento n.º 2009/001, promovido pelo Banco da Amazônia S/A (BASA), foram apontadas, pela representante, irregularidades relacionadas às seguintes exigências impostas pela instituição financeira: *"a) exigência de que os sócios da sociedade estejam inscritos, como advogados, na OAB há mais de quatro anos (item 2.1.1 do edital); b) exigência de que os sócios da sociedade comprovem tempo de prática forense por mais de quatro anos (item 2.1.2 do edital); e c) exigência de que, ainda na fase de habilitação, a sociedade candidata ao certame apresente os documentos de registro junto à OAB dos estados pertencentes à sua área de habilitação (item 1.2.3 do edital)."*. Ouvidos em audiência, os responsáveis afirmaram que tais requisitos eram necessários, em face dos serviços singulares e especializados a serem contratados. Invocaram também *"o caráter discricionário e a legalidade das exigências em questão"*, enfatizando que elas se referiam à *"experiência técnico-operacional relacionada com o objeto da contratação, visando à eficiente execução dos serviços. Essas exigências são condições de participação no credenciamento, o que, do ponto de vista técnico do Banco, traz certa garantia de que a empresa a ser contratada, pelo tempo de atividade, detenha experiência em causas envolvendo a relação bancária"*. Acompanhando a instrução da unidade técnica, o relator destacou que *"as exigências de que os sócios da sociedade estejam inscritos, como advogados, na OAB, há mais de quatro anos, e comprovem tempo de prática forense por mais de quatro anos são inteiramente desproporcionais, haja vista que a Constituição Federal exige, para a investidura em cargos de Juízes e Procuradores, apenas três anos da prática de atividade jurídica"*. Em seu voto, fez alusão também ao conteúdo do art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual, nos processos de licitação, somente serão permitidas as exigências de qualificação indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao BASA que se abstenha de incluir, *"nos editais de licitação ou credenciamento, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, estabeleçam preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados e/ou contrariem os princípios da isonomia, da legalidade, da competitividade, da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos dos arts. 3º, § 1º, inc. I, e 30, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, tais como as seguintes exigências para habilitação técnica e/ou para participação no certame"*: a) *"registro ou inscrição na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil ou em qualquer conselho de fiscalização do exercício profissional da jurisdição na qual o serviço será prestado ou a obra executada, devendo tal imposição ater-se à fase de contratação;"* e b) *"tempo de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil ou em qualquer conselho de fiscalização do exercício profissional, que não seja indispensável à garantia do cumprimento das obrigações."*. ***Acórdão n.º 852/2010-Plenário, TC-012.165/2009-7, rel. Min. Valmir Campelo, 28.04.2010***.

Sujeição das sociedades de economia mista aos limites impostos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias

A Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) interpôs pedido de reexame visando à reforma do Acórdão n.º 1.732/2009, por meio do qual o Plenário expediu-lhe determinação com o seguinte conteúdo: *"9.11.2. observe as disposições anualmente constantes das leis de diretrizes orçamentárias, segundo as quais o 'custo global de obras e serviços executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal' (...);"*. Em seu voto, o relator enfatizou que *"o óbice trazido pela Petrobras alude ao fato de os custos de bens e serviços contratados por aquela companhia estatal não estarem sujeitos aos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias para o Orçamento Geral da União de 2007 (art. 115 da Lei nº 11.479/2006), fundamento da determinação ora fustigada. Segundo a*

entidade, o referido dispositivo legal alberga apenas aqueles órgãos e entidades que não geram recursos próprios, mas apenas os que integram os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União". Para o relator, a melhor exegese que harmoniza a exigência da LDO/2007 com os demais dispositivos legais e constitucionais é a que, *"a partir de uma interpretação teleológico-sistemática do ordenamento jurídico, empresta ao termo 'com recursos do Orçamento da União', referenciado no caput do art. 115 do mencionado diploma legal, o sentido lato de Orçamento Geral da União, aí compreendido o Orçamento Fiscal, o Orçamento da Seguridade Social e o Orçamento de Investimento das Estatais"*. Intelecção diversa *"conduziria ao absurdo de os custos das obras e serviços contratados pela Petrobras e outras companhias estatais que gerem recursos próprios não estarem submetidos a qualquer controle externo orçamentário-financeiro, ainda que naquelas entidades a União participe como acionista majoritária e das quais perceba lucros e dividendos"*. Ressaltou, ainda, ser óbvio que a indústria do petróleo comporte especificidades que distingam as suas obras e serviços daqueles cujos custos podem ser parametrizados no SINAPI/CEF, no CUB – Custo Unitário Básico/Sindicado da Indústria de Construção Civil e/ou no SICRO/DNIT. Tanto é assim que o legislador ordinário previu, no § 1º do art. 115 da Lei n.º 11.479/2006, a possibilidade de o gestor público justificar, mediante relatório técnico circunstanciado, aprovado pela autoridade competente, a utilização de custos que ultrapassem o limite fixado nos aludidos sistemas de referência de preços, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo. Força convir, portanto, que *"os vários serviços e obras contratados pela Petrobras, naturalmente em virtude da natureza dos negócios da empresa, não integram a base de dados do SINAPI. Todavia, conforme demonstrado, tal impeditivo não impede a aplicação do art. 115 da LDO/2007, cuja observância, repito, é obrigatória por todos os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta"*. Essa obrigação legal, imposta às estatais no sentido de tornarem transparentes os custos das obras e serviços por elas contratados, *"foi repetida no art. 109 da Lei n.º 11.768/2008 (LDO/2009), bem com no art. 112 da Lei n.º 12.017/2009 (LDO/2010)"*. Não obstante concluir que deveria o Tribunal negar provimento ao recurso interposto pela Petrobras, o relator entendeu que a redação do subitem 9.11.2 do Acórdão n.º 1.732/2009-Plenário deveria ser aperfeiçoada, no seguinte sentido: *"9.11.2 observe as disposições anualmente constantes das leis de diretrizes orçamentárias acerca dos critérios que devem ser adotados para cálculo do custo global das obras e serviços que serão contratados, fazendo constar, em relatório técnico circunstanciado, elaborado por profissional habilitado e aprovado pela autoridade competente, os custos dos itens de serviço que eventualmente ultrapassassem a mediana daqueles abrangidos pelo Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, acompanhados da justificativa concernente às condições especiais então verificadas, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo."*. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 847/2010-Plenário, TC-015.685/2007-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 28.04.2010***.

Contratação de serviços por meio de pregão: 1- Exigência, para fim de habilitação, da apresentação de licença ambiental de operação

Encontra amparo no nosso ordenamento jurídico a inclusão, no edital, da exigência de prévio licenciamento ambiental de operação, expedido pelo órgão estadual competente, para as atividades sujeitas a esse procedimento. Foi essa a conclusão a que chegou o relator, ao apreciar representação formulada ao TCU noticiando possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 33/2009, promovido pela Universidade Federal do Pará (UFPA), cujo objeto era a *"contratação de empresa especializada em serviços de conservação, manutenção e limpeza nas áreas externas da cidade universitária Prof. José Silveira Netto e das unidades da UFPA na cidade de Belém"*, bem como em outras localidades no interior do estado. Em consequência da aludida representação, os responsáveis foram instados a apresentar esclarecimentos sobre as seguintes ocorrências: *"a) inclusão, no edital do pregão, de exigência de licenciamento ambiental sem qualquer referência ao órgão expedidor, e que, mesmo assim, veio a motivar desclassificação de licitante por apresentação de licença emitida por outro estado da federação, configurando possível ofensa ao princípio da não distinção de sede; b) tal desclassificação teria se fundado em motivo irrelevante, uma vez que a licença de operação exigida poderia facilmente ser obtida após a celebração do contrato, em se tratando de serviços comuns e necessários;"*. Um dos argumentos apresentados pela unidade técnica para defender a invalidação do edital do pregão foi o de que a exigência de apresentação da referida licença seria indevida, por ser desnecessária na fase de processamento do pregão e irrelevante em face de outras exigências editalícias, relativas à experiência anterior mínima dos participantes. A unidade instrutiva aduziu também que seria exigência estranha ao rol exaustivo de documentos previstos na Lei n.º 8.666/93. Em seu voto, dissentindo da unidade técnica, o relator ressaltou entendimento consignado no voto condutor do Acórdão n.º 247/2009-Plenário, segundo o qual *"A Lei de Licitações exige, em seu art. 30, inciso IV, prova do*

atendimento de requisitos previstos em lei especial, encontrando o licenciamento da empresa interessada junto ao órgão ambiental, para fins de funcionamento e exercício das atividades requeridas no edital, fundamento também no disposto no art. 28, inciso V, segunda parte, da referida lei. Há, portanto, necessidade de se incluir no edital, em razão dos serviços que serão prestados, exigência que reflita a adequada observação da legislação específica (ambiental), cuja comprovação deverá ser apresentada pelas licitantes para habilitação.”. De acordo com o relator, o precedente mencionado ampara o procedimento da UFPA de fazer inserir, já no edital, como exigência de habilitação, a necessidade de a empresa interessada possuir licença ambiental de operação. A par de sua fundamentação legal e material, a exigência *“coaduna-se com a crescente preocupação com os aspectos ambientais que cercam as atividades potencialmente poluentes”*. O Plenário anuiu à conclusão do relator. ***Acórdão n.º 870/2010-Plenário, TC-002.320/2010-0, rel. Min. Augusto Nardes, 28.04.2010***.

Contratação de serviços por meio de pregão: 2 - Necessidade de a licença ser expedida pelo órgão ambiental do Estado onde os serviços serão prestados

Outra possível irregularidade no Pregão Eletrônico n.º 33/2009 centrava-se no fato de a exigência inclusa no edital não estabelecer que a licença de operação deveria ser fornecida pelo órgão competente do Estado do Pará. Como a representante possuía licença de operação no âmbito do Estado do Amazonas, a unidade técnica entendeu que a UFPA *“ampliou indevidamente o sentido da redação do edital”*, em prejuízo da licitante que formulou a representação. Para o relator, *“tal objeção não possui força invalidante da inabilitação da empresa representante, uma vez que a legislação ambiental é clara em atribuir aos estados a competência para regulamentar e proceder ao licenciamento ambiental em seu território”*. O edital *“não precisaria, portanto, indicar o órgão competente para tanto”*, bastando exigir que o documento tivesse validade. Além disso, a empresa *“deveria saber que a licença expedida no Estado do Amazonas não teria validade em outro estado. Como corolário, tem-se que, como as licenças são válidas apenas nos limites de cada unidade da federação, há fundamento bastante para a recusa, da UFPA, do documento apresentado pela ora representante”*. Para o relator, agir de modo diferente seria *“ferir direitos das outras participantes, com documentação em perfeita ordem”*. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 870/2010-Plenário, TC-002.320/2010-0, rel. Min. Augusto Nardes, 28.04.2010***.

Contratação de serviços por meio de pregão: 3 - Concessão de prazo razoável, a partir da publicação do edital, para as licitantes providenciarem o licenciamento ambiental

Em outra linha de argumentação, a unidade técnica defendeu que a UFPA deveria conceder prazo razoável, a partir da publicação do edital, para que as empresas pudessem providenciar o licenciamento ambiental requerido. O relator concluiu, no entanto, que *“essa providência não tem poder invalidatório, nem pode ser imposta à Universidade, por ampliar os prazos mínimos para abertura das propostas expressamente fixados na Lei 8.666/1993”*. De todo modo, considerou que tal providência poderia ser *“preconizada à UFPA como recomendação”*. Nesse sentido, o relator propôs e o Plenário decidiu *“recomendar à Universidade Federal do Pará que, em procedimentos licitatórios futuros, em que seja obrigatória a apresentação de licença ambiental de operação por parte das firmas interessadas, planeje adequadamente a licitação de forma que seja lançado o edital com antecedência suficiente para que, observada a legislação ambiental e os prazos requeridos pelo órgão local responsável pela concessão de licenças, possam as empresas requerer, antecipadamente, bem como dispor, no momento da licitação, das respectivas licenças ambientais necessárias à execução do objeto licitado”*. Precedente citado: Acórdão n.º 247/2009-Plenário. ***Acórdão n.º 870/2010-Plenário, TC-002.320/2010-0, rel. Min. Augusto Nardes, 28.04.2010***.

Pregão para registro de preços de equipamentos: 1 - Exigência de carta do fabricante

Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico n.º 57/2009, promovido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), cujo objeto era o registro de preços para fornecimento e instalação de equipamentos de informática, a fim de reestruturar a rede de computadores localizada nas superintendências do ministério nos estados. A representante apontou irregularidade quanto à seguinte exigência editalícia: *“carta de fabricante dos equipamentos ofertados, atestando que a licitante é revenda(revendedora?) autorizada a comercializar os produtos”*. Sobre a necessidade de as licitantes apresentarem carta do fabricante, o relator afirmou que a exigência contraria o art. 37, XXI, da Constituição Federal, assim como o art. 27 da Lei n.º 8.666/93, que estabelecem que os requisitos de qualificação técnica e econômica dos processos de licitação deverão ser somente aqueles indispensáveis ao cumprimento das posteriores obrigações contratuais. Além disso, a exigência fere o art. 3º

da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe sobre a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, vedando, em seu § 1º, I, que constem dos editais cláusulas ou condições que prejudiquem o caráter competitivo da licitação. Também enfatizou que essa regra comporta exceções, sendo necessário averiguar, em cada caso, se a competitividade ficou prejudicada, a razoabilidade da exigência e o atendimento ao interesse público. No caso do Pregão Eletrônico n.º 57/2009, foi constatado que o número de participantes propiciou razoável competição, além de os lances terem permitido redução dos preços, em relação aos estimados, para todos os itens. Também não houve desistência ou desclassificação de licitantes, *"o que vem a corroborar a inexistência de restrição à competitividade do pregão"*. Assim sendo, o relator considerou que, em caráter excepcional, o órgão poderia dar continuidade ao processo licitatório, sem prejuízo de que lhe fosse expedida determinação corretiva, para futuras licitações. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 889/2010-Plenário, TC-029.515/2009-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.04.2010***.

Pregão para registro de preços de equipamentos: 2 - Exigência de vistoria para fornecimento e instalação

Outra possível irregularidade apontada no edital do Pregão Eletrônico n.º 57/2009, promovido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), foi a exigência de *"vistoria técnica prévia das condições do local de execução do objeto"*. De acordo com o relator, a exigência mostra-se em consonância com art. 30, III, da Lei de Licitações, além de *"ser salutar que a licitante conheça as condições locais onde serão cumpridas as obrigações objeto da licitação, de forma a identificar eventual necessidade de adaptações que se fizerem necessárias para prestação dos serviços"*. A exigência de vistoria técnica configura-se, também, *"como forma de a Administração se resguardar, pois a contratada não poderá alegar a existência de impedimentos para a perfeita execução do objeto, amparada no desconhecimento das instalações onde realizará os serviços"*. Para o relator, o certame poderia *"ser levado adiante"*, entendimento que foi corroborado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 889/2010-Plenário, TC-029.515/2009-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.04.2010***.

Exigência da apresentação de atestado de capacidade técnica fornecido por pessoa jurídica com sede na cidade onde os serviços serão realizados

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 38/2010, promovido pela Eletrobrás Termonuclear S.A. (Eletronuclear), destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de gestão de cartões refeição e alimentação, em cumprimento ao Programa de Alimentação do Trabalhador, por um prazo de 36 meses, conforme condições e especificações constantes do edital e seus anexos. A representante alegou que o edital do certame trazia *"exigência ilegal"*, referente à apresentação de atestado de capacidade técnica fornecido por pessoa jurídica, de direito público ou privado, com sede na cidade do Rio de Janeiro, *"contrária ao art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, que, ao tratar da documentação relativa à qualificação técnica, veda expressamente exigência de comprovação de atividade por local específico"*. Ante as alegações apresentadas pela Eletronuclear, no sentido de que a preocupação da entidade foi *"assegurar o conforto e a liberdade de escolha de seus funcionários"*, oferecendo acesso a um número minimamente razoável de estabelecimentos credenciados no local em que se concentram as suas atividades, no caso a cidade do Rio de Janeiro, com um padrão de qualidade aceitável, a unidade técnica que atuou no feito concluiu que a exigência *"não se configura demasiada ou desarrazoada, não se constituindo em quebra de isonomia no certame"*. Dissentindo da unidade instrutiva, o relator entendeu que a exigência editalícia viola tanto o art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, quanto o art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual o processo de licitação pública deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, somente admitindo-se as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Em seu voto, considerou legítima a preocupação da Eletronuclear, que, em suma, diz respeito à garantia da efetividade dos serviços a serem prestados. Ocorre que, em verdade, a exigência contestada *"não oferece tal garantia, atuando, ao contrário, como limitante à participação de empresas aptas ao bom cumprimento do contrato"*. Para assegurar a qualidade e a variedade dos serviços, *"bastaria à Eletronuclear exigir, no edital e/ou no contrato, que a licitante disponha de uma rede credenciada, em número e qualidade considerados razoáveis ao atendimento das necessidades de seus funcionários, na região em que se concentram as suas atividades, fazendo-se perfeitamente dispensável a prestação de serviços à pessoa jurídica localizada nessa mesma região"*. Para o relator, no caso concreto, *"a questão está bem resolvida"*, já que a minuta do contrato constante do edital prevê, entre as obrigações da contratada, a comprovação, em até 30 dias da assinatura da avença, de que ela possua no mínimo 80% dos

estabelecimentos comerciais, listados em relação anexa ao edital, credenciados a operar em sua rede. Ressaltou, ainda, que quatro empresas acorreram ao certame oferecendo lances, e os preços da proposta vencedora *"não fogem dos praticados no mercado, não se havendo falar em consequências à economicidade do certame decorrente de uma possível restrição à sua competitividade. Tampouco há falar, no caso, em inibição premeditada da participação de licitantes com vistas ao direcionamento da competição"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva à Eletronuclear, para futuras licitações. ***Acórdão n.º 842/2010-Plenário, TC-009.465/2010-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 28.04.2010***.

Pregão e serviço comum na área de tecnologia da informação
Inspeção realizada na Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, com o objetivo de verificar a regularidade da Concorrência n.º 1/2009, *"tipo técnica e preço"*, destinada à *"contratação de serviços técnicos especializados na área de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), com vistas a prover suporte à execução de políticas, programas e ações governamentais na esfera da modernização administrativa e gestão da informação, e para atender àsas necessidades da Fundação, conforme definições e especificação constantes do edital e seus anexos"*, apontou como irregularidade a *"adoção da modalidade de licitação concorrência em lugar do pregão, em desacordo com o disposto no art. 4º do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005"*. Ao examinar a matéria, a unidade técnica consignou em sua instrução que: a) *"a modalidade de licitação a ser adotada na contratação dos serviços em questão não pode ser objeto de escolha discricionária do administrador público, mas deve, sim, obedecer às prescrições legais e normativas atinentes ao processo licitatório, **in casu**, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e o Decreto nº 5.450, de 2005"*; b) *"a discriminação do objeto da Concorrência nº 1/2009, conforme consta do instrumento convocatório, constitui serviço de natureza comum, consoante a definição consignada no art. 1º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e, portanto, a modalidade de licitação a ser adotada, nesse caso, é o pregão eletrônico"*; c) *"a Nota Técnica nº 2 da Sefti indica que as atividades relacionadas ao desenvolvimento, manutenção de **software** e sustentação da infraestrutura de TIC, à semelhança dos itens discriminados nos lotes 2 e 3 da licitação em apreço, constituem serviços de natureza comum, uma vez que o mercado profissional da tecnologia da informação, hodiernamente, contempla metodologias e técnicas amplamente padronizadas para a execução de tais tarefas"*; d) *"há, inclusive, normativos editados pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT acerca da matéria, a exemplo da NBR 12.207 e da NBR 15.504, além de outras normas específicas da área de TI (RUP, CMM, MPS.BR)"*; e) *"há fundado receio de prejuízo à competitividade decorrente da não adoção da modalidade pregão eletrônico, com consequente risco de contratação dos serviços por valor superior aos praticados no mercado de tecnologia da informação"*; f) *"há diversos exemplos no mercado de TI que indicam o atendimento à demanda desses serviços mediante pregão eletrônico, a saber: i) Pregão nº 2010/001, do Banco do Brasil S.A.; ii) Pregão nº 167/2009, do STF; iii) Pregão nº 70/2009, do TSE; iv) Pregão nº 71/2008, da ANEEL; v) Pregão nº 15/2009, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; vi) Pregão nº 023/2009, do TRT – 12ª Região; vii) Pregão nº 60/2009, do Incra; viii) Pregão nº 1/2010, do Departamento de Polícia Federal; e ix) Pregão nº 4/2010, do TJDFT"*. Em face das considerações expendidas pela unidade técnica, o relator considerou que o prosseguimento da licitação, *"que se encontra, atualmente, em fase de análise das propostas técnicas, representa risco iminente de grave lesão ao erário, porquanto a deficiência no planejamento da contratação e a adoção de modalidade distinta do pregão eletrônico podem resultar, efetivamente, em prejuízos efetivos ao erário"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar à Fundação Cultural Palmares que *"suspenda cautelarmente a Concorrência nº 1/2009"*. Precedente citado: Acórdão n.º 2.471/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 872/2010-Plenário, TC-028.742/2009-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 28.04.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Aceitação, pelo pregoeiro, de atestado de capacidade técnica envolvendo objeto similar
Por meio do Acórdão n.º 791/2010, a Segunda Câmara julgou improcedente representação que apontava indícios de irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 36/2009, conduzido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), cujo objeto era a aquisição de mobiliários escolares, constituídos de conjuntos de mesas e cadeiras para aluno e para professor, e de mesas acessíveis a pessoas em cadeira de rodas. Contra o aludido acórdão, a representante opôs embargos de declaração, apontando omissão na instrução da instrução técnica, na qual se baseara o acórdão embargado, por não terem sido *"apreciados argumentos colacionados na representação proposta"*. Alegou, em síntese, que a proposta do consórcio vencedor do certame não atendeu ao disposto no instrumento convocatório, no que diz respeito à quantidade mínima de 10% exigida, uma vez que os atestados apresentados não comprovavam a experiência no

fornecimento de mobiliário escolar *"compatível, em características, prazos e quantidades, com o objeto da presente licitação"*. Em seu voto, o relator entendeu que os embargos não mereciam ser acolhidos, uma vez que a instrução da unidade técnica, que fundamentou o julgamento pela improcedência da representação, teria analisado exaustivamente a omissão suscitada. Ao contrário do alegado pelo embargante, defendeu que *"o fato de o pregoeiro habilitar a proposta técnica do consórcio [...], aceitando como comprovação da capacidade técnica o fornecimento de mobiliários similares, e não somente idênticos, ao objeto da licitação, não atentou contra o princípio da vinculação ao instrumento convocatório"*. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, do art. 30, II, da Lei n.º 8.666/93, que se aplica subsidiariamente ao pregão, e da jurisprudência do TCU, não vislumbrou *"qualquer impropriedade nessa previsão editalícia"*. No caso concreto, a comprovação da capacidade técnico-operacional por meio de atestados que demonstrem a execução de objetos similares, e não apenas idênticos, *"não põe em risco a execução do objeto contratado, até porque o Termo de Referência, além de definir todas as especificações técnicas de cada um dos tipos de mesas e cadeiras licitados, exige que, para a produção e entrega do mobiliário, é obrigatória a observação das referências dispostas em normas técnicas e dispositivos legais existentes no país, notadamente as normas brasileiras ABNT relacionadas diretamente ao objeto"*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu rejeitar os embargos. Precedentes citados: Acórdãos n.os 410/2006, 2.382/2008 e 1.899/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1852/2010-2ª Câmara, TC-003.276/2010-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 27.04.2010***.

Manutenção, em contratações sequenciais com empresas distintas, dos mesmos profissionais terceirizados

Inspeção realizada no Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe) identificou a *"existência de possível vínculo empregatício da administração com profissionais de empresas contratadas"*. Questionou-se a manutenção dos mesmos profissionais terceirizados, por anos seguidos, em contratações sequenciais, mesmo havendo alteração das empresas contratadas. Ao apreciar a matéria, o relator registrou que esse não vem sendo o entendimento do TCU. Para ele, a manutenção de profissionais oriundos de um contrato anterior em um novo contrato *"não constitui,* ***de per si****, irregularidade. É uma prática que pode ser positiva tanto para a administração, quanto para a contratada. E a permanência de bons profissionais com experiência no trabalho a ser executado é um relevante aspecto a ser considerado"*. Ressaltou, ainda, que o órgão ou entidade da administração pública contratante não pode exigir, via edital ou por qualquer outro meio, que a nova contratada mantenha aqueles profissionais, uma vez que a manutenção dos seus próprios quadros ou a efetivação de novas contratações específicas *"é ato discricionário da empresa"*. Afirmou que a administração pública também não pode exigir, como requisito para habilitação, que a empresa licitante comprove, desde logo, o vínculo empregatício dos profissionais que executarão o objeto, *"como parece ser o entendimento da unidade técnica, objetivando afastar a possibilidade de utilização das pessoas que já prestam o serviço, pois já teriam vínculo trabalhista com outra empresa"*. Segundo ele, o Tribunal *"entende, de forma majoritária, que somente durante a fase de execução do respectivo contrato é que deve ser exigida comprovação da presença dos profissionais cuja qualificação específica foi solicitada pela contratante (Acórdãos 2.297/2005, 361/2006 e 800/2008, todos do Plenário)"*. Para o relator, *"se esta Corte entende ser suficiente, em relação ao atendimento do previsto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata do responsável técnico pela obra ou serviço, apenas a apresentação, por ocasião do procedimento licitatório, de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum, não seria razoável exigir a comprovação de vínculo empregatício em relação aos demais trabalhadores da empresa, em relação aos quais o art. 30,* ***caput****, da referida lei, exige apenas declaração, pela licitante, de sua disponibilidade e adequação"*. Nesse caso, a efetiva presença dos profissionais com as características técnicas previstas no edital *"seria exigível apenas durante a fase de execução contratual"*. O argumento da unidade técnica acerca da caracterização de vínculo empregatício com a administração pública, que tal situação provocaria, *"também não corresponde à realidade. A manutenção do mesmo trabalhador ao longo dos anos, inobstante a substituição das empresas às quais ele está vinculado, não é fator preponderante para caracterizar vínculo empregatício"*. A seu ver, o que caracterizaria o vínculo empregatício com a administração pública, conforme previsto, inclusive, na Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, *"seria a presença, em especial, de relação de subordinação direta entre o terceirizado e o pessoal da administração, indício esse não trazido aos autos pela equipe responsável pela inspeção"*. A Segunda Câmara, por unanimidade, acolheu o entendimento do relator. ***Acórdão n.º 1843/2010-2ª Câmara, TC-019.150/2006-1, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 27.04.2010***.

NOVA SÚMULA

Súmula n.º 257
O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n.º 10.520/2002.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessão: 5 de maio de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratação de serviços de tecnologia da informação: 1 - Uso do pregão
Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 2009/22510, promovido pelo Banco do Brasil, com o objetivo de contratar serviços de suporte de infraestrutura de tecnologia da informação e comunicação (TIC). Para a representante, a modalidade licitatória não poderia ser o pregão. Em seu voto, o relator ponderou que já se encontra sedimentado, no TCU, *"entendimento sobre a possibilidade de utilização da modalidade pregão para contratação de serviços de TI"*. Fez, ainda, alusão à Nota Técnica n.º 2/2008-SEFTI/TCU, que, segundo ele, *"objetiva contribuir para sanar a ocorrência de interpretações legais, já ultrapassadas, que sustentam a utilização da modalidade técnica e preço em licitações de bens e serviços de TI"*. Ao apresentar arcabouço legal e jurisprudencial, bem como interpretação sistemática atualizada e consolidada, sobre a modalidade e o tipo de licitação a serem adotados nas aquisições de bens e serviços de tecnologia da informação, pela Administração Pública Federal, a referida nota técnica *"finda por demonstrar a compatibilidade do uso de Pregão para este propósito"*. Assim sendo, o relator propôs e o Plenário decidiu *"Conhecer da presente representação"* para, no mérito, *"considerar improcedentes os seus argumentos"*. Precedente citado: Acórdão n.º 2.471/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 947/2010-Plenário, TC-024.761/2009-3, rel. Min. Valmir Campelo, 05.05.2010***.

Contratação de serviços de tecnologia da informação: 2 - Mensuração e pagamento por resultados, e não por homens-hora
Ao examinar o Pregão Eletrônico n.º 2009/22510, promovido pelo Banco do Brasil, a unidade técnica constatou *"a existência de inconsistências outras que, em sede de cognição sumária, demonstraram restar configurada a plausibilidade fático-jurídica que ampara a medida de exceção"*. Em consequência, o relator concedeu cautelar suspendendo o prosseguimento do certame e, na mesma oportunidade, solicitou a oitiva do Banco do Brasil e da empresa vencedora da licitação. Referendando a *"percuciente análise dos elementos apresentados"*, promovida pela unidade técnica, o relator registrou, em seu voto, que *"a escolha dos critérios de mensuração assume importância, de forma que uma análise de parâmetros objetivos permita asseverar acerca da adequabilidade dos valores estipulados. Neste diapasão, a mensuração homens-hora aparenta, à primeira vista, ser diretamente proporcional à quantidade de serviço produzida"*. Destacou, no

entanto, que o TCU *"vem reiteradamente se posicionando pela inconveniência desse modelo, vez que expõe o ente público ao chamado paradoxo lucro-incompetência, condição em que quanto menos eficiente e produtivo for o fornecedor, maior o seu lucro, contrariando obviamente o interesse público"*. O relator fez, ainda, menção ao Decreto n.º 2.271/97, o qual dispõe, no § 1º do seu art. 3º, que sempre que a prestação de serviço, objeto da contratação, puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, esta será utilizada como um dos parâmetros de aferição do resultado. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu *"Conhecer da presente representação"* para, no mérito, considerar *"procedentes os indícios de irregularidades/impropriedades"* levantados pela unidade técnica, fixando prazo para o Banco do Brasil promover a anulação do Pregão Eletrônico n.º 2009/22510*, "ante as evidências de que o modelo de contratação adotado, baseado no fornecimento de mão-de-obra e na remuneração por homens-horas medidas após a prestação dos serviços, ofende oss princípios da eficiência e da economicidade, ao item 9.4.3 do Acórdão nº 786/2006-TCU-Plenário, ao item 9.1.4 combinado com o 9.13 do Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário e ao art. 3º, § 1º, c/c o art. 4º, II, do Decreto nº 2.271/1997"*. Decidiu também o Pleno determinar ao Banco do Brasil que, nas próximas contratações de serviços de TI: a) *"elabore termo de referência que atenda ao conteúdo mínimo indicado no item 9.1 do Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário e detalhado na Nota Técnica Sefti/TCU nº 1 (www.tcu.gov.br/fiscalizacaoti)"*; b) *"inclua no termo de referência, em atendimento ao princípio da eficiência e com base nas orientações disponíveis no item 9.4 do Acórdão nº 786/2006-TCU-Plenário, no item 9.1.1 do Acórdão nº 1.215/2009-TCU-Plenário, na Instrução Normativa SLTI/MP nº 4/2008 e na norma ABNT ISO/IEC NBR 20000:2008, claro detalhamento do nível de serviço necessário à execução do objeto, com a definição de cada resultado esperado, inclusive quanto a prazo e qualidade aceitáveis, dos mecanismos de aferição da qualidade e do desempenho e dos mecanismos de segregação de funções, que assegure a não ocorrência de conflito de interesse na medição e remuneração de serviços;"*. ***Acórdão n.º 947/2010-Plenário, TC-024.761/2009-3, rel. Min. Valmir Campelo, 05.05.2010***.

Comprovação da regularidade fiscal por parte das contratadas por dispensa ou inexigibilidade de licitação

É obrigatória a comprovação da regularidade fiscal das empresas contratadas pela administração pública, seja em virtude de regular processo licitatório, seja em razão de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Com base nesse entendimento, o relator propôs e o Plenário decidiu negar provimento a recurso de reconsideração interposto pelo Serviço Social do Comércio – Administração Regional de Minas Gerais (SESC/MG) – contra o Acórdão n.º 1.234/2009-Plenário, por meio do qual o Tribunal retificou o Acórdão n.º 2.744/2008-Plenário, por inexatidão material, para inserir determinação àquela entidade com o seguinte conteúdo: *"promova alteração no Regulamento de Licitações e Contratos do SESC/MG, de forma que a apresentação da documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social seja exigida, também, nas situações de contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação [...];"*. Em seu voto, o relator destacou que, conquanto não estejam os serviços sociais autônomos sujeitos à estrita observância da Lei n.º 8.666/93, *"por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º dessa lei"*, obrigam-se, como destinatários de recursos públicos, a regulamentos próprios pautados nos princípios gerais que norteiam a execução da despesa pública, entre os quais o da isonomia, ínsito no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988. Para o relator, *"não exigir documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social"*, nas hipóteses de contratação por dispensa ou inexigibilidade, implica *"estabelecer distinção injustificada e desarrazoada entre contratados diretamente e contratados por meio de licitação"*, isso porque o contratado em situação de inadimplência *"tem sensível diminuição de custos, em comparação com o que está em dia com os encargos sociais e tributários"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 3.016/2003 e 1.126/2003, ambos da 1ª Câmara. ***Acórdão n.º 943/2010-Plenário, TC-014.687/2007-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 05.05.2010***.

Repactuação de preços em contrato celebrado com cooperativa

Denúncia formulada ao TCU, apontando possíveis irregularidades no âmbito da Caixa Econômica Federal (CEF), relativas à *"contratação de prestação de serviços de preparo, conferência e digitação de dados para as unidades localizadas nos Estados de Pernambuco, Alagoas, Paraíba e Rio Grande do Norte"*, foi convertida em tomada de contas especial (TCE) por meio do Acórdão n.º 1.014/2005-Plenário. A temática da TCE envolvia, em síntese, dois indícios de irregularidades, entre eles o *"pagamento irregular à empresa contratada, Cooperativa Tecnocoop Informática Ltda., no valor de R$ 571.282,80, oriundo de repactuação indevida de preços"*. No acórdão que instaurou a TCE, o relator sustentou que o motivo que ensejou a

repactuação dos preços contratados com a cooperativa (aumento do piso da categoria, estabelecido em convenção coletiva) não subsistia, uma vez que *"não há relação de emprego entre cooperados e cooperativa, mas, sim, relação de membro de cooperativa, que determinará a respectiva quota-parte proporcional à sua atividade no sistema de cooperativismo"*. Em sua defesa, os responsáveis argumentaram que a CEF não concedeu repactuação à Tecnocoop com fundamento no aumento salarial de categoria profissional, mas sim com base na defasagem dos preços contratados com a cooperativa. Segundo os responsáveis, um dos parâmetros a ser considerado para se promover a repactuação seriam justamente os salários pagos aos profissionais vinculados à convenção coletiva, pois tais salários certamente refletiriam o preço de mercado dos serviços contratados com a Tecnocoop. Para o relator, o objetivo da CEF com a repactuação era, na verdade, compensar os efeitos das variações inflacionárias ocorridas no período, aproximando os preços pactuados aos de mercado, uma vez que os preços não sofreram qualquer reajuste entre o período de 1º/9/2001 a 1º/1/2003, em decorrência da previsão expressa na cláusula sexta, § 2º, do contrato, de que os preços contratados eram irreajustáveis, admitindo-se, tão somente, o instrumento da repactuação para a recomposição da equação econômico-financeira. Não obstante a CEF tenha utilizado o percentual de reajuste dos salários da categoria, fixado na convenção coletiva, *"para se calcular os novos preços dos serviços contratados, ao invés de índices inflacionários"*, a recomposição da equação econômico-financeira do contrato *"aproximou-se mais da figura do reajuste do que da repactuação, já que o objetivo do primeiro instrumento é justamente recompor os efeitos das variações inflacionárias nos preços contratados"*. Quanto à vedação ao reajuste, prevista no contrato firmado com a Tecnocoop, o relator ressaltou que *"a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido de que deverá assegurar-se ao interessado o direito a esse instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que não esteja previsto contratualmente, uma vez que a Lei n.º 8.666/93 (arts. 5º, § 1º, e 40, XI) garante aos contratados a correção dos preços"*. Independentemente do nome que se tenha atribuído à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no contrato em questão, *"tal restabelecimento era, de fato, devido"*, uma vez que *"A inflação acumulada no período de setembro/2000 (início da vigência do contrato) a janeiro/2003 (mês em que os preços foram reajustados) foi de 30,52%, 25,48% e 45,03%, utilizando-se os índices INPC, IPCA e IGP-M, respectivamente, o que demonstra a sensível defasagem dos preços contratados nesse período, seja qual for o índice utilizado"*. Quanto ao fato de a CEF utilizar o percentual de reajuste dos salários da categoria, fixado na convenção coletiva, para calcular os novos valores dos preços pactuados, o relator considerou razoável a alegação dos gestores, no sentido de que a variação salarial dos trabalhadores vinculados à convenção seria bom parâmetro para aproximar os preços dos serviços contratados com a Tecnocoop aos de mercado, uma vez que os custos desses serviços referiam-se, em grande parte, à mão de obra. Feitas essas considerações, o relator concluiu que *"não mais subsiste o débito que ensejou a instauração da presente TCE, motivo pelo qual devem ser afastadas as responsabilidades dos gestores"*. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 376/1997-1ª Câmara e 479/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 963/2010-Plenário, TC-007.449/2001-3, rel. Min. Benjamin Zymler, 05.05.2010***.

Subcontratação de serviços contratados com fundamento no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93

Em razão de indícios de irregularidades apontados em representação formulada ao TCU, acerca da execução do Convênio n.º 77/2001, celebrado entre o Governo do Estado do Espírito Santo e a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), para fim de capacitação operacional das polícias civil e militar, no âmbito do Projeto de Ações Proativas para Prevenção à Criminalidade (PRO-PAS), foram os autos convertidos em tomada de contas especial. As principais ocorrências diziam respeito, em síntese, *"à execução parcial do objeto do convênio (68%) com o pagamento de 100% do valor contratado; ao pagamento a servidores estaduais para ministrar cursos do programa, quando as aulas poderiam ter sido realizadas sem custo para o Estado; à contratação da Fundação Ceciliano Abel de Almeida por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, sem que estivessem presentes os requisitos relativos à qualificação do seu corpo técnico para a prestação dos serviços; e à montagem da prestação de contas, com o intuito de demonstrar que todo o objeto do convênio fora realizado."*. A respeito do contrato celebrado entre a Secretaria de Estado da Segurança Pública (SESP) e a Fundação Ceciliano Abel de Almeida (FCAA) – fundação de apoio à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) –, por dispensa de licitação, com fundamento no inciso XIII do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, para a prestação de serviços de treinamento de instrutores policiais, o relator destacou que a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que *"a contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o dispositivo, a*

natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado" (Súmula n.º 250). Afirmou, também, ser pacífico o entendimento de que, quando da contratação direta prevista no referido dispositivo, deve restar comprovada a capacidade de execução do objeto contratual com estrutura própria e de acordo com as competências da contratada, sendo inadmissível, nesses casos, a subcontratação, ainda que parcial, dos serviços contratados. No caso em exame, contrariando um dos pressupostos da contratação direta prevista no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93 – a execução pelo próprio contratado, em razão de sua estrutura e qualificação satisfatórias para a prestação adequada do serviço – o próprio contrato *"admitia a possibilidade de subcontratação parcial, vedando apenas a subcontratação total dos serviços ajustados"*. Nesse caso, *"Policiais militares e civis, inclusive alguns integrantes da estrutura executiva do PRO-PAS, filiaram-se à Cooperativa de Professores de Pós-Graduação e Extensão do Espírito Santo – COOPERPOS/ES, entidade com a qual a FCAA celebrou termo de cooperação em 22/08/2001, para que pudessem ser recrutados para ministrar aulas e coordenar os treinamentos objeto do contrato celebrado com a SESP"*. O relator concluiu que a FCAA, *"ainda que em parte, atuou como intermediária na prestação dos serviços contratados, captando fora do seu quadro funcional os profissionais necessários à execução do contrato, o que inviabiliza a adoção do permissivo dispensatário legal (art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/1993), conforme a jurisprudência pacífica deste Tribunal"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu julgar irregulares as contas dos responsáveis e aplicar-lhes multa, sem prejuízo de expedir determinação corretiva ao Governo do Estado do Espírito Santo, para futuras contratações custeadas, ainda que parcialmente, com recursos federais. Precedentes citados: Decisões n.os 881/97, 138/98, 516/2000 e 540/2000, todas do Plenário; Acórdãos n.os 14/2002, 19/2002 e 994/2006, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 950/2010-Plenário, TC-016.499/2006-5, rel. Min. Benjamin Zymler, 05.05.2010***.

Parcelamento material do objeto e participação de consórcios

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades na Concorrência n.º 028/2009, promovida pela Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS, ao custo estimado de R$ 149.845.323,52, provenientes do Programa de Mobilidade Urbana, do Ministério das Cidades, *"com vistas à pré-qualificação de empresas para a futura licitação que terá por objeto a execução de obras e serviços de implantação e adequação do sistema de corredores de transporte e outros projetos de mobilidade urbana"*. As supostas irregularidades consistiam, basicamente, na: *"a) ausência de fracionamento do objeto em lotes, embora seja técnica e economicamente viável; b) vedação da participação de consórcios no certame; c) limitação do número de atestados para comprovação de aptidão técnica; d) exigência de comprovação de aptidão técnica em itens de pouca relevância e pequeno valor;"*. Para o relator, os argumentos apresentados pelo Secretário de Obras do Município de Campo Grande/MS não foram capazes de elidir as irregularidades suscitadas, as quais *"restringem a competitividade da licitação, principalmente por não permitir o fracionamento do objeto do contrato em lotes de obras que são independentes e serão realizadas em locais distintos"*. Segundo o relator, a situação se torna mais grave *"com a vedação à participação de consórcios no certame licitatório, uma vez que, caso o parcelamento seja inviável, poucas empresas teriam capacidade de executar uma obra de grande vulto"*. O relator propôs e o Plenário decidiu fixar prazo para a Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS promover a *"anulação do Edital de Pré-Qualificação da Concorrência nº 028/2009"*, sem prejuízo de expedir-lhe determinação no sentido de que: I) *"realize o parcelamento do objeto da nova licitação a ser promovida, com vistas à contratação das obras e serviços de implantação e adequação do sistema de corredores de transportes e outros projetos de mobilidade urbana, devendo proceder anteriormente, para fundamentar a escolha da forma de configuração dos 'blocos' ou 'lotes' a serem formados em função do parcelamento, a estudos técnicos que considerem as características de mercado e que indiquem a alternativa de divisão que melhor satisfaça os princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, respeitadas as limitações de ordem técnica, sem prejuízo de realizar contratação isolada de todo o complexo ou conjunto com um licitante, mas, neste caso, desde que admitida expressamente a participação, no certame, de empresas em consórcio, como forma de assegurar o parcelamento material do objeto, respeitando as regras prescritas no art. 33 da Lei nº 8.666/1993"*; II) *"reavalie e, conforme o caso, adapte as demais disposições editalícias (definição do tipo de licitação e critérios de julgamento, do regime de execução, dos critérios de habilitação, entre outras disposições) à nova situação decorrente do parcelamento"*; e III) *"faça constar dos autos do processo licitatório, independentemente da opção por lote divisível, os demonstrativos técnicos que fundamentem a definição dos itens das obras, sob os aspectos de relevância e valor, e dos atestados a serem exigidos, para efeito de comprovação de aptidão técnica"*. ***Acórdão n.º 935/2010-Plenário, TC-015.485/2009-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 05.05.2010***.

Licitação, do tipo "técnica e preço", para contratação de serviços advocatícios: 1 - Ausência de definição da pontuação máxima no quesito de experiência profissional
O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando à INB – Indústrias Nucleares do Brasil S/A que suspendesse a Concorrência n.º 1.011/2009, do tipo "técnica e preço", e todos os atos dela decorrentes, até que o Tribunal decida sobre o mérito das irregularidades, levantadas em processo de representação. A licitação em tela tem por objeto a contratação de escritório de advocacia para *"execução de serviços técnicos profissionais de natureza jurídica nas áreas trabalhista e cível, e procedimentos administrativos, junto às Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, incluindo todas as instâncias dos Tribunais sediados nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, e Tribunais Superiores"*. Após examinar as respostas encaminhadas pela INB em sede de oitiva prévia, a unidade técnica concluiu, em resumo, que: a) *"estaria equivocada a adoção, única e exclusivamente, de critérios de pontuação técnica que medem a quantidade de vezes em que os advogados atuaram na representação de pessoas jurídicas de direito público ou privado"*; b) *"apesar de esse quesito não se mostrar desarrazoado, deveria vir acompanhado de outros que pudessem efetivamente demonstrar a qualificação técnica dos profissionais"*; c) *"a eleição de critérios técnicos deve sujeitar-se ao princípio da proporcionalidade, sendo imperioso que exista vínculo de adequação entre o critério eleito e a necessidade pública a ser satisfeita"*; d) *"o não estabelecimento de pontuação técnica máxima a ser obtida pelas licitantes contraria os princípios da motivação, razoabilidade e proporcionalidade, insculpidos no art. 2º da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e pode ter restringido o caráter competitivo e a igualdade do certame, em desobediência ao **caput** e § 1º do inciso I do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, vez que grandes escritórios atingirão melhores pontuações técnicas, simplesmente por serem detentores de quadros de profissionais maiores"*. Para o relator, os critérios de pontuação técnica definidos no edital do certame podem, de fato, ter *"acarretado injustiças e contrariado o interesse público"*, privilegiando *"sociedades cujos advogados atuaram em grande número de causas, embora de baixa complexidade"*. Os critérios adotados *"não garantem necessariamente a qualificação técnica dos profissionais da sociedade a ser contratada"* e, se a INB decidiu realizar a concorrência do tipo "técnica e preço", *"é porque a qualificação técnica da contratada é importante e determinante na condução da defesa dos interesses da empresa junto ao Poder Judiciário"*. Reconheceu o relator haver indícios de que, *"com a ausência de fixação de pontuação geral máxima a ser obtida pelas licitantes – com a definição de pontuação máxima apenas para cada profissional –, a licitação em tela tende à contratação de escritório de maior porte, simplesmente por ser detentor de quadro maior de profissionais"*. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-003.512/2010-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 05.05.2010***.

Licitação, do tipo "técnica e preço", para contratação de serviços advocatícios: 2 - Exigência de comprovação de vínculo do advogado com a sociedade licitante, para fim de pontuação técnica
Outra exigência editalícia a macular a Concorrência n.º 1.011/2009-INB dizia respeito à necessidade da comprovação de vínculo do advogado com a sociedade licitante, para fim de pontuação técnica. O relator destacou que o TCU tem, sistematicamente, se manifestado no sentido de rechaçar exigência dessa natureza, por entender que ela inibe o caráter competitivo do certame e fere o princípio da igualdade, *"contrariando o **caput** e o § 1º do inciso I do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993"*. Cabe à contratante garantir que os profissionais *"pontuados"* sejam efetivamente contratados, pela licitante vencedora, para a execução do objeto, *"permitindo-se a troca de profissionais por outros com as mesmas competências técnicas, se necessário"*. Para o relator, restaram evidenciados o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, requisitos essenciais à adoção da medida cautelar. Considerando que *"já foi promovido o julgamento das propostas técnicas e de preços"*, estando, portanto, o processo licitatório em sua fase final, e que o atual contrato para a prestação dos serviços objeto da Concorrência n.º 1.011/2009 *"vigorará até dezembro"*, estaria afastada a hipótese de *"a suspensão cautelar do certame acarretar prejuízos à entidade neste momento"*. Precedentes citados: Acórdãos n.^{os} 481/2004, 1.094/2004, 26/2007 e 126/2007, todos do Plenário; Acórdão n.º 2.178/2006-1ª Câmara; Acórdão n.º 2.561/2004-2ª Câmara. ***Decisão monocrática no TC-003.512/2010-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 05.05.2010***.

Cessão do contrato à empresa resultante da cisão da contratada
Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na construção de sistema de esgotamento sanitário no Distrito de Guriri, objeto dos Convênios n.^{os} 854/2000 e 2.067/2000, celebrados

entre a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e o Município de São Mateus/ES. A oitiva do ex-prefeito foi promovida *"em virtude de ter anuído ao termo de cessão do Contrato nº 51/2000, originalmente pactuado com a empresa Limaq – Linhares Máquinas Ltda., em 25/7/2001, para a empresa Solidus Serviços e Construções Ltda., como resultado da cisão parcial da primeira, em desacordo com a jurisprudência desta Corte e com a legislação aplicável à espécie"*. O relator ressaltou que o Tribunal, ao proferir o Acórdão n.º 1.108/2003-Plenário, passou a entender, por força de nova interpretação conferida ao art. 78, VI, da Lei n.º 8.666/93, que não configuraria *"inconstitucionalidade ou ilegalidade"* a continuidade de contrato firmado com empresa objeto de cisão, fusão ou incorporação, desde que cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente: a) tal possibilidade estivesse prevista no edital e no contrato; b) fossem observados, pela nova empresa, os requisitos de habilitação originalmente previstos na licitação; c) fossem mantidas as condições estabelecidas no contrato original. No caso em apreço, o relator constatou que tais condições foram atendidas, já que *"o subitem 9.14. do ato convocatório autorizava a subcontratação parcial até o limite de 30% do valor total da obra, bem como a cessão a outrem, no caso de cisão, e foram mantidos inalterados os termos originais da avença"*. Assim sendo, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher as razões de justificativa apresentadas pelo ex-prefeito. ***Acórdão n.º 973/2010-Plenário, TC-002.138/2007-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 05.05.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 11 e 12 de maio de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Responsabilidade da empresa de pequeno porte (EPP) pela apresentação, perante a Junta Comercial, da "Declaração de Desenquadramento"

Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade atribuída à empresa Centerdata Análises de Sistemas e Serviços Ltda., por haver participado de licitações na condição de empresa de pequeno porte (EPP), obtendo os benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), *"sem ostentar a condição que permitia o seu enquadramento como EPP*". Realizada a oitiva da Centerdata, oportunidade em que se lhe informou a possibilidade de ser apenada com a sanção prevista no art. 46 da Lei n.º 8.443/92 (declaração de inidoneidade para participar de licitação na administração pública federal por até cinco anos), a empresa alegou que teria participado das licitações como EPP porque estaria assim enquadrada desde 1º/07/2007 – condição certificada pela Junta Comercial –, e não teria sido informada da perda daquela qualificação. Em seu voto, o relator destacou que, perante a administração, a qualificação como ME ou EPP é feita mediante *"declaração da Junta Comercial"*, que a expede com base em informação da empresa interessada, ao requerer à respectiva Junta o arquivamento da *"Declaração de Enquadramento de ME ou EPP"*. Da mesma forma, cessadas as condições que permitiam o aludido enquadramento, *"a empresa deverá fazer a Declaração de Desenquadramento"*. Segundo o relator, tais ações *"competem exclusivamente às empresas interessadas em auferir os benefícios da LC 123/2006"*, tratando-se, pois, de *"ato declaratório*", de iniciativa de quem pretenda usufruir dos referidos benefícios. No caso concreto, pesquisas realizadas nos sistemas informatizados da administração pública federal (Siafi, Siasg e Comprasnet) indicaram que a Centerdata, apesar de possuir faturamento bruto superior ao limite estabelecido pela Lei Complementar n.º 123/2006 (R$ 2.400.000,00), *"venceu licitações na qualidade de EPP e se beneficiou indevidamente dessa condição"*, tendo a apuração sido feita com base no somatório de ordens bancárias recebidas pela empresa, nos anos anteriores aos das licitações em que se sagrou vencedora. Para o relator, enquanto a empresa não firmar a *"Declaração de Desenquadramento*", a Junta Comercial expedirá, sempre que solicitada, a *"Certidão Simplificada*" a que fez alusão a Centerdata em suas razões de justificativa. Portanto, a informação da perda da condição de ME ou EPP, por ser ato declaratório, *"era responsabilidade da empresa Centerdata que, por não tê-la feito e por ter auferido indevidamente dos*

benefícios da LC 123/2006, ação que caracteriza fraude à licitação, deve ser declarada inidônea para participar de licitações da administração pública federal". O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 1028/2010-Plenário, TC-005.928/2010-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 12.05.2010***.

Uso do pregão previamente à contratação do serviço de elaboração do estudo de impacto ambiental
Representação formulada ao TCU indicou supostas irregularidades no Pregão Presencial n.º 034/2009, promovido pela Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ), cujo objeto era a elaboração do estudo de impacto ambiental (EIA), acompanhado do respectivo relatório de impacto ambiental (Rima), das obras de implantação do terminal de granéis sólidos no Porto de Itaguaí. A representante requereu que o TCU suspendesse, cautelarmente, o processo licitatório, alegando que o objeto do certame não poderia ser classificado como serviço de natureza comum, haja vista o seu *"elevado nível de complexidade técnica"*, sendo, pois, imprópria a modalidade licitatória eleita. Na oportunidade, o relator determinou a suspensão cautelar do pregão, além da oitiva da licitante vencedora, para se pronunciar sobre os fatos apontados na representação, e da CDRJ, para se manifestar acerca dos critérios adotados para a *"classificação do objeto do pregão entre serviços de natureza comum"*. Em resposta, a CDRJ afirmou estar disponível *"imensa quantidade"* de informações e de dados históricos que facilitariam a elaboração do EIA/Rima, além de ser aplicável a Instrução Técnica n.º 034/2009, do Instituto Estadual do Ambiente do Estado do Rio de Janeiro (Inea), que definiria *"o objeto e o detalhamento de estudos e de relatórios de impacto ambiental"*. Para o relator, *"independentemente de se tratar, ou não, de serviço de engenharia complexo, conforme alegado pela representante, o objeto do certame em análise se incluiria no grupo de serviços considerados comuns"*, requisito necessário para a contratação via pregão. *"Isto, porque não é o grau de complexidade do objeto ou a área do conhecimento necessário para produzi-lo, que define se um bem ou um serviço pode ou não ser considerado comum. Para isto, necessário sim haver a possibilidade de que, uma vez descrito, o objeto seja identificável pelos potenciais prestadores do serviço e pelo contratante, e, ainda, que este seja ofertado no mercado com características que não variem muito conforme o fornecedor."*. Antes de se pronunciar sobre o mérito, o relator considerou necessário ouvir o Inea, em especial sobre a suficiência dos dados que a CDRJ mencionou para a elaboração do EIA/Rima objeto da licitação em tela, e ainda sobre a existência de métodos padronizados para a *"realização de levantamento complementar de dados eventualmente necessários"*. Tendo o Coordenador de Avaliação dos EIA/Rima no Inea confirmado as informações fornecidas pela CDRJ, o relator concluiu pela improcedência da representação, chamando, ainda, a atenção para o fato de que *"nem sempre será apropriada a realização de pregão para contratar a elaboração de EIA/Rima. A qualidade deste serviço depende diretamente da qualidade dos dados utilizados e das informações produzidas, o que é de difícil aferição pelo órgão/entidade contratante"*. No caso concreto, *"isto está razoavelmente assegurado pela existência prévia de estudos confiáveis sobre as características ambientais da área de implantação do projeto. Quando isto não ocorrer, deve-se analisar a possibilidade de se especificar, no edital, os métodos que serão utilizados para coleta e para tratamento de dados, e, ainda, se isto será suficiente para garantir as condições necessárias para a contratação via pregão"*. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 1039/2010-Plenário, TC-029.031/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 12.05.2010***.

Concorrência para execução de obra: 1 - Exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a empresa licitante, para fim de qualificação técnico-profissional
É desnecessário, para fim de comprovação da capacitação técnico-profissional, prevista no art. 30, §1º, I, da Lei n.º 8.666/93, que o profissional mantenha vínculo empregatício, por meio de contrato de trabalho, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviço regido pela legislação civil comum. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação acerca de possíveis irregularidades existentes nos editais das Concorrências n.os 016/2009, 022/2009 e 026/2009, promovidas pela Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social em Belém/PA, para a construção de agências de atendimento da Previdência Social. A representante contrapõe-se à exigência constante do item 2.3, alíneas "c", "e" e "f", dos respectivos editais, que obriga a licitante a fazer prova de que o responsável técnico (engenheiro) integra o seu quadro permanente, mediante vínculo empregatício ou mesmo societário, não aceitando que ele seja profissional autônomo, contratado pela licitante para a prestação de serviço, em desacordo com a jurisprudência do TCU. A unidade técnica, em face das circunstâncias do caso concreto, manifestou-se pela procedência parcial da representação, propondo, ainda, a expedição de determinação corretiva à entidade, para futuros certames. Para o relator, *"as particularidades que encerram o caso concreto justificam o encaminhamento formulado pela unidade técnica, especialmente pelos seguintes*

pontos destacados na instrução: a) em que pese o entendimento consolidado na jurisprudência do TCU, não houve determinação diretamente direcionada à Gerência Executiva do INSS no Pará, no sentido de exigir que a autarquia abstenha-se de limitar que a comprovação de qualificação técnico-profissional se dê exclusivamente pelos meios constantes dos editais em exame (Concorrências nº 016, 022 e 026/2009); b) a possibilidade de comprovação de vínculo entre o profissional e a empresa, para efeito de qualificação técnico-profissional, via contrato de prestação de serviço, ainda não é uma prática totalmente pacificada no âmbito administrativo - não obstante estar em constante evolução -, de igual sorte na esfera doutrinária; c) a exigência editalícia não ocorreu por critérios subjetivos, mas, pelo contrário, por exigência objetiva calcada em interpretação restritiva da norma, em observância aos princípios constitucionais, não podendo, assim, ser considerada manifesta ilegalidade." Ao final, o relator registrou que, *"inobstante a restrição causada à empresa representante, não há elementos nos autos que comprovem que a exigência inquinada resultou em prejuízo à competitividade dos certames ou à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Ao contrário, os documentos constantes dos autos, pelo menos no que toca à Concorrência n.º 022/2009, demonstram que 4 (quatro) empresas participaram efetivamente da licitação, e que o preço da proposta vencedora resultou em uma diferença, a menor, de 19% em relação ao valor global estimado no edital."* O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1.908/2008, 2.382/2008 e 103/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1043/2010-Plenário, TC-029.093/2009-1, rel. Min. José Jorge, 12.05.2010***.

Concorrência para execução de obra: 2 - Ilicitude da terceirização, de forma permanente, da atividade-fim da empresa licitante

Ainda quanto à exigência editalícia que obriga a licitante a fazer prova de que o responsável técnico (engenheiro) integra o seu quadro permanente, mediante vínculo empregatício ou mesmo societário, não se aceitando que o mesmo seja profissional autônomo, contratado pela licitante para prestação de serviço, o relator salientou que a exigência fora motivada por situação anterior vivenciada pelo INSS, em decorrência de contratação de empresa para execução de obra de reforma de uma de suas agências, o que estaria a demonstrar que *"os responsáveis agiram no intuito de resguardar os interesses da entidade"*. Consoante informou o INSS, em causa trabalhista envolvendo engenheiro responsável técnico e a respectiva empresa contratada, o magistrado julgou que a condição de empregado estava perfeitamente caracterizada, razão pela qual a entidade foi condenada, subsidiariamente, ao pagamento de todos os encargos trabalhistas referentes ao período de vigência do contrato. Em seu voto, o relator fez ressalva *"à conclusão lá lançada de que, a partir desse precedente, poder-se-ia afirmar que o entendimento do TCU relacionado a esse tema estaria equivocado, porquanto as circunstâncias que eventualmente balizaram a decisão do juízo trabalhista, no sentido de qualificar o prestador de serviço como empregado, não podem ser generalizadas"*. Isso porque *"pode ter ocorrido um desvirtuamento no contrato de prestação de serviços, levando o magistrado a considerar presentes os elementos do contrato de trabalho, como habitualidade, pessoalidade e subordinação, a teor do que dispõe o art. 3º da CLT, o que, contudo, não permite concluir que toda prestação de serviço assim o seja"*. Da mesma maneira, o relator considerou que o entendimento firmado na Justiça do Trabalho, *"consoante mencionado no Despacho interlocutório, no sentido de ser ilegal a terceirização da atividade-fim das empresas públicas ou privadas, não é óbice à aplicação da jurisprudência do TCU, muito menos que esta estaria a albergar ou estimular a violação aos direitos trabalhistas"*. Para o relator, *"não há como asseverar, **a priori**, que toda contratação de prestação de serviços de responsabilidade técnica configure-se terceirização da atividade-fim da empresa contratada pela Administração, o que, de forma contrária, demandaria o exame do objeto social da empresa, sua atividade principal e seu porte etc., questões que, definitivamente, refogem à competência desta Corte. [...] sem querer adentrar na seara trabalhista, verifico que os precedentes reputam como ilícita a terceirização da atividade-fim de 'forma permanente', o que, a meu ver, comporta particularidades, especialmente sabendo a dinâmica que marca a atuação das empresas no mercado privado, pois, numa situação de contingência ou mesmo de estratégia comercial, poderia a empresa utilizar-se do prestador de serviço para incrementar sua força de trabalho, não se configurando, por si só, a terceirização ilícita."* Assim sendo, *"conquanto possa realmente aumentar a probabilidade de que Administração Pública venha a ser responsabilizada pelo pagamento de obrigações trabalhistas, essa situação deve ser vista como exceção, não podendo, por outro lado, ser olvidado que a jurisprudência do TCU sobre o tema, desde há muito já pacificada, tem por propósito conferir maior competitividade aos certames licitatórios, atendendo, deste modo, ao preceito legal da busca da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, Lei n.º 8.666/1993)."*. O Plenário anuiu ao entendimento do relator. ***Acórdão n.º 1043/2010-Plenário, TC-***

029.093/2009-1, rel. Min. José Jorge, 12.05.2010.

Comprovação, para fim de qualificação técnica, da aptidão para desempenho de atividade *"pertinente e compatível em características, quantidades e prazos"* com o objeto da licitação

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades na Concorrência n.º 4/2009, do tipo "técnica e preço", promovida pelo Ministério do Esporte, tendo por objeto a *"contratação de empresa ou consórcio para o fornecimento de equipamentos, implantação e manutenção de sistemas de controle de acesso e monitoramento de imagens dos estádios brasileiros utilizados no Campeonato Brasileiro das séries 'A' e 'B', doravante denominado Projeto Torcida Legal"*. A oitiva da Secretaria Executiva do Ministério do Esporte abarcou, entre outras exigências editalícias, a *"utilização, na cláusula 6.2.4, 'g', da expressão 'entidades futebolísticas', sem esclarecer o efetivo significado desta, devendo também ser explicitado se o atestado previsto na cláusula em questão compreenderia serviços realizados tanto em estádios públicos quanto em estádios privados"*. Preliminarmente, o relator enfatizou que o art. 30, II, da Lei n.º 8.666/93 admite, como exigência de qualificação técnica, que o licitante comprove aptidão para desempenho de atividade *"pertinente e compatível em características, quantidades e prazos"* com o objeto da licitação. No caso concreto, em concordância com a conclusão a que chegou a unidade técnica, ponderou que *"o atestado, em vez de ficar limitado à experiência junto a entidades futebolísticas, poderia admitir a prestação de serviços de automação de locais com dimensões e expectativa de público compatíveis com as dos estádios de futebol (estações de metrô, ginásios de esporte, autódromos, sambódromos etc.), sem prejuízo de se considerar a possibilidade de se dar maior pontuação aos atestados que comprovassem a experiência de automação em estádios de futebol"*. Nesse sentido, a exigência editalícia limita, *"injustificadamente, a participação de licitantes em potencial"*. Considerando, no entanto, já ter sido publicado o ato de revogação da aludida concorrência, e não ter sido cogitada a má fé dos gestores envolvidos, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao órgão, para eventual novo edital de licitação, lançado em substituição à Concorrência n.º 4/2009. ***Acórdão n.º 1041/2010-Plenário, TC-028.358/2009-4, rel. Min-Subs. Augusto Sherman Cavalcanti, 12.05.2010***.

BDI diferenciado para fornecimento de materiais e equipamentos

Relatório de auditoria realizada no Ministério das Cidades apontou irregularidades no Contrato n.º 046/2008, celebrado entre a Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba e a empresa CMR4 Engenharia e Comércio Ltda., cujo objeto era a execução de obra com vistas à ampliação do sistema de abastecimento de água em Campina Grande/PB. Em relação às irregularidades mais graves, entre elas a *"adoção de licitação única, sem BDI diferenciado, para execução de serviços e fornecimento de materiais das obras de ampliação do Sistema Adutor de Campina Grande, em desacordo ao §1º do art. 23 da Lei n.º 8.666/1993 e à jurisprudência deste Tribunal, resultando em parte significativa do superfaturamento detectado no Contrato n.º 046/2008"*, a equipe de auditoria propôs audiência dos responsáveis. Entendeu o relator assistir razão à unidade técnica, ao apontar prejuízo ao erário na execução da obra em comento, isso porque o item *"Tubo em ferro fundido dúctil k-7 JE DN 600"* estava sendo adquirido com sobrepreço de 20,5% em relação à média de mercado, percentual que *"praticamente coincide com o excesso de BDI admitido para o material na licitação que gerou o contrato"*. O relator destacou que o TCU *"tem entendido, reiteradas vezes, que o BDI de materiais como esse deve ser diferenciado"*, entendimento consolidado na recente Súmula n.º 253, que assim dispõe: *"Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica, que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas, e que representem percentual significativo do preço global da obra, devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida, em relação à taxa aplicável aos demais itens."*. No caso concreto, esse percentual de BDI não poderia ultrapassar 10%, pois *"corresponde ao pagamento pelos serviços de mera intermediação de materiais que poderiam ter sido diretamente adquiridos pela Administração sem sequer pagar os 10%"*. Para o relator, mais conveniente do que promover a audiência dos responsáveis, como propôs a unidade técnica, seria *"converter o processo em Tomada de Contas Especial, para fins de citação, tendo em vista que, caso não acolhidas as alegações de defesa, deverá haver o ressarcimento dos valores indevidamente despendidos pela Administração"*. Na condição de *"terceiro interessado na prática do ato"*, concorrendo para o cometimento do dano apurado, *"a empresa contratada também deverá ser citada"*. E, como a obra ainda não está concluída, *"forçoso realizar as oitivas necessárias do órgão contratante e da empresa executora para que se pronunciem sobre o excesso de preço apontado [...], que poderá resultar em determinação deste Tribunal para repactuação dos preços*

unitários”. O Plenário, por unanimidade, acolheu a proposição do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.600/2003, 1.020/2007, 1.599/2008 e 2.875/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1021/2010-Plenário, TC-000.337/2010-2, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 12.05.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Necessidade da comprovação, mesmo nas contratações diretas, da regularidade fiscal e da seguridade social

Em exame recurso de reconsideração interposto pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Administração Regional do Estado de Santa Catarina (Senac/SC) contra a seguinte determinação, contida no Acórdão n.º 4.711/2009-2ª Câmara: *“passe a exigir em todas as contratações, inclusive nas realizadas mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, a comprovação de regularidade fiscal e de seguridade social do contratado, observando que a condição deverá ser mantida durante toda a execução do contrato e comprovada a cada pagamento efetuado;”*. Em seu voto, o relator destacou que a aludida determinação decorre de preceito constitucional, ao qual estão adstritos todos os serviços sociais autônomos. Segundo dispõe o § 3º do art. 195 da Constituição Federal de 1988, *“a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”*. Os serviços sociais autônomos, apesar de não integrarem a administração indireta, *“devem seguir os princípios constitucionais gerais relativos à Administração Pública”*, pois, embora as entidades do “Sistema S” sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado, são entes que prestam serviços de interesse público ou social, *“beneficiados com recursos oriundos de contribuições parafiscais, pelos quais hão de prestar contas à sociedade”*. Assim sendo, *“essas entidades devem se sujeitar aos princípios gerais da Administração Pública, dentre eles o da isonomia, da moralidade e da igualdade. É frente a estes princípios que a exigência em questão deve ser sopesada.”*. Segundo o relator, a exigência de comprovação, em todas as contratações, de regularidade fiscal e de seguridade social do contratado, inclusive naquelas realizadas mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, *“visa tratar de maneira isonômica os interessados em fornecer bens e serviços para a Administração Pública”*. Considerando que os tributos compõem os preços a serem oferecidos, *“a empresa que deixa de pagá-los assume posição privilegiada perante aquelas que os recolhem em dia”*. Ademais, a contratação, pelo Poder Público, de empresa em situação de irregularidade fiscal *“representa violação ao princípio da moralidade administrativa, pois haverá a concessão de benefício àquele que descumpre preceitos legais”*. Em última instância, *“haverá também o estímulo ao descumprimento das obrigações fiscais”*. O relator frisou, ainda, que a condição de regularidade fiscal deverá ser mantida durante toda a execução do contrato, e comprovada a cada pagamento efetuado. Caso a administração exigisse a regularidade fiscal somente dos contratados mediante procedimento licitatório, *“estaria conferindo tratamento mais favorável àqueles que foram contratados sem licitação. Por conseguinte, haveria flagrante violação do princípio constitucional da igualdade”*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu negar provimento ao recurso. Precedentes citados: Decisão n.º 705/94-Plenário; Acórdão n.º 457/2005-2ª Câmara; Acórdãos n.os 4.104/2009, 3.941/2009, 3.141/2008, 3.624/2007, 1.126/2003 e 3.016/2003, todos da 1ª Câmara. ***Acórdão n.º 2097/2010-2ª Câmara, TC-019.722/2008-6, rel. Min. Benjamin Zymler, 11.05.2010***.

Marco inicial e data limite para a contratada pleitear repactuação de preços

No âmbito da tomada de contas da Diretoria de Gestão Interna do Ministério da Cultura, relativa ao exercício de 2003, ao tratar de matéria referente ao Contrato n.º 15/2000, cujo objeto envolvia a prestação de serviços de natureza continuada, a unidade técnica suscitou questão acerca da necessidade de fixação de um prazo limite para a contratada pleitear a repactuação de preços. Ao citar trechos do voto que subsidiou o Acórdão n.º 1.827/2008-Plenário, a unidade instrutiva registrou o entendimento do TCU de que não há definição, em lei, acerca do prazo para solicitação de repactuação de preços, *“podendo essa ser solicitada a partir ‘da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado, até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo que, se não o fizer, de forma tempestiva e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem pleitear a respectiva repactuação, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar’.”*. A partir desse entendimento, a unidade técnica inferiu que, nos casos em que não for celebrado aditivo e o contrato for encerrado, a contratada poderia pleitear a repactuação *“até o fim do prazo prescricional”*. Nesses casos, não raros, *“estaria a Administração sujeita, durante alguns anos, após expirada a vigência do contrato, a ter de reconhecer os efeitos retroativos financeiros de contratos e efetuar pagamentos de exercícios anteriores. Tal*

fato poderia gerar desarranjos e comprometer a programação financeira e orçamentária dos exercícios subsequentes, além de se ter de reconhecer a despesa e inscrevê-la como 'despesas de exercícios anteriores'.". O relator ponderou que, naquele mesmo **decisum**, restou assente que, não obstante se tratar de direito intangível da contratada, a repactuação corresponde, de todo modo, a direito disponível, e, como tal, sujeito à preclusão. Destacou o relator que a preocupação da unidade técnica envolve situação não delineada naquela assentada, qual seja, *"contrato com vigência encerrada, sem prorrogação, tendo ocorrido aumento dos custos (convenção ou acordo coletivo de trabalho) do contrato ainda no período de vigência, e que reste configurado o direito à repactuação, no caso de transcorrido o interregno mínimo de um ano, contado na forma prevista no edital"*. O relator não vislumbrou necessidade de alteração do entendimento já firmado pelo Tribunal sobre a matéria, devendo a *"data limite para a contratada pleitear a repactuação"* ser *"a da prorrogação ou do encerramento do contrato, conforme o caso, na mesma linha de raciocínio desenvolvida no Acórdão 1827/2008. A expiração do prazo de vigência do contrato fulmina o direito à repactuação por preclusão"*. Nesse mesmo sentido, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa n.º 3/2009, a qual altera a Instrução Normativa n.º 2/2008, prevendo, em seu art. 40, § 7º, que *"As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato."*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu *"recomendar à Secretaria Executiva do Ministério da Cultura que, em seus editais de licitação e/ou minutas de contrato referentes à prestação de serviços executados de forma contínua, inclua alerta acerca do prazo dentro do qual poderá o contratado exercer, perante a Administração, seu direito à repactuação contratual, nos termos previstos no art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997, qual seja, da data do evento que ensejar a repactuação até a data da prorrogação contratual subsequente, se for o caso, ou do encerramento do contrato, sendo que se não o fizer de forma tempestiva e, por via de consequência, prorrogar o contrato ou deixar transcorrer* ***in albis*** *o prazo de vigência, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar."*. ***Acórdão n.º 2094/2010-2ª Câmara, TC-007.040/2004-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 11.05.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 18 e 19 de maio de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Pregão, em sua forma eletrônica, como regra para a contratação de bens e serviços comuns
Representação formulada ao TCU apontou supostas irregularidades na condução, pelo Ministério da Pesca e Aquicultura (MPA), do Pregão Presencial n.º 005/2010, tendo por objeto a formação de ata de registro de preços com vistas à contratação de empresa especializada na fabricação e fornecimento de 50 caminhões, com carroceria frigorífica adaptada para armazenagem e comercialização de pescado fresco. Após examinar as justificativas apresentadas pelo MPA, em resposta à oitiva promovida pelo Tribunal, e avaliar o conteúdo do edital da licitação, a unidade técnica propôs a concessão de medida cautelar para suspender o certame. Entre os motivos que justificariam a adoção dessa medida, estava a utilização do pregão em sua forma presencial, *"em detrimento da eletrônica, que é preferencial"*. O relator considerou não haver razão para o provimento cautelar, sobretudo porque o objeto em questão é passível de ser licitado na modalidade pregão, enquadrando-se no conceito legal de bem comum, constante do parágrafo único do art. 1º da Lei n.º

10.520/2002. Ponderou, no entanto, que a utilização do pregão na forma presencial, sem a demonstração da inviabilidade de utilização da forma eletrônica, não se conforma com o preceito contido no art. 4º, § 1º, do Decreto n.º 5.450/2005. Segundo o relator, a justificativa apresentada pelo MPA (dificuldade de remessa, por meio magnético, de pesados arquivos de *"manuais e plantas croquis, e demais documentos"*) não foi satisfatória, *"tendo em vista o atual estágio de desenvolvimento das ferramentas de tecnologia da informação"*. Não obstante haver sido adotado o pregão presencial, em detrimento do eletrônico, o certame contou com a participação de empresas que ofereceram propostas com valores consideravelmente inferiores ao orçado pelo MPA – à evidência de ter ocorrido disputa efetiva entre os licitantes –, razão por que o relator propôs e o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação, sem prejuízo de expedir determinação corretiva ao órgão, para futuros certames. ***Acórdão n.º 1099/2010-Plenário, TC-007.563/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 19.05.2010***.

Necessidade de a contratada manter, durante a vigência do contrato, as mesmas condições da proposta por ela apresentada, em especial a qualificação da equipe técnica

Relatório de levantamento de auditoria das obras de expansão da infraestrutura do Aeroporto Internacional de Natal apontou a existência de indícios de irregularidades no âmbito do contrato celebrado entre a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (Infraero) e a empresa Engevix Engenharia S/C Ltda., para consultoria técnica e apoio à fiscalização dos serviços executados pelo 1º Batalhão de Engenharia de Construção (1º BEC). Entre tais indícios, mereceu destaque o *"descumprimento da cláusula 7.1.14 do Contrato n.º 0061-ST/2005/0028, uma vez que a equipe técnica de empregados disponibilizada pela empresa contratada não era a mesma relacionada na proposta técnica, ofertada quando da realização da licitação do tipo 'técnica e preço', não tendo havido qualquer solicitação à Infraero ou justificativa para a mencionada alteração"*. A unidade técnica assinalou que o Termo de Referência, anexo ao edital, *"dispõe que os coordenadores deverão ter a graduação sênior, sendo esta classificação obtida por profissional que possuir, no mínimo, dez anos de graduação"*. No entanto, a auditoria constatou que dois coordenadores não possuíam esse tempo mínimo de graduação. Teria havido, portanto, descumprimento do subitem 7.1.14 do contrato, que estabelecia ser obrigação da contratada *"manter, durante a vigência do presente instrumento, as mesmas condições que propiciaram a sua habilitação e classificação no processo licitatório, em especial a equipe técnica"*. O Gerente de Obras do Aeroporto de Natal/RN e o Coordenador de Contratos da Infraero/RN atribuíram a irregularidade ao fato de a proposta da empresa Engevix ter sido apresentada em junho de 2005, tendo a ordem de serviço sido emitida apenas em dezembro de 2005, quando alguns dos profissionais indicados pela contratada já não mais se encontravam disponíveis. Os responsáveis mencionaram, também, que a contratada teria enfrentado dificuldades em encontrar, no mercado local, profissionais com experiência em obras aeroportuárias. Alegaram, ainda, que, apesar de ter havido *"falha na comunicação à Infraero, acerca da justificada necessidade de substituição de membros da equipe técnica profissional, a referida formalidade foi cumprida, mesmo que tardiamente"*. Em seu voto, o relator destacou que, tendo sido a empresa contratada selecionada por meio de licitação do tipo 'técnica e preço', em que a qualificação da equipe técnica foi um dos critérios para a escolha da melhor proposta, o fato de o contrato ter sido iniciado com equipe diferente da que serviu de comprovação para a qualificação técnica da contratada *"configura procedimento ilegal, por descumprir os instrumentos convocatório e contratual"*. O relator afirmou assistir razão à unidade técnica no que diz respeito à intempestividade da justificativa apresentada pela empresa Engevix, isso porque o contrato estabelecia a necessidade de que os substitutos fossem submetidos à aprovação da Infraero em tempo hábil, *"ou seja, previamente"*. Ao final, o relator considerou aceitável a alegação acerca da dificuldade, naquela época, de se contratar, no mercado local, engenheiro sênior com experiência em obras aeroportuárias, que *"pode ser evidenciada pelos diversos anúncios publicados em jornais de grande circulação, inclusive em outras cidades (São Paulo e Recife, por exemplo), na busca de profissionais com o perfil exigido"*. Nesse sentido, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher as razões de justificativa oferecidas pelos responsáveis, sem prejuízo de determinar à Infraero que *"observe, na fiscalização de contratos, o rigoroso cumprimento das exigências para a substituição de equipes técnicas de empregados, de modo a preservar as condições estabelecidas em edital de licitação e prestar obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, estabelecido no artigo 3º da Lei n.º 8.666/93"*. ***Acórdão n.º 1101/2010-Plenário, TC-008.806/2007-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 19.05.2010***.

Adoção reiterada, pela Petrobras, da modalidade convite em situações não previstas na Lei n.º 8.666/93

A Petrobras está sujeita à observância da Lei n.º 8.666/93 até a edição de lei específica, que regulamente as

contratações de bens e serviços por aquela sociedade de economia mista. Com base nesse entendimento, o relator propôs e o Plenário decidiu negar provimento ao pedido de reexame interposto contra o Acórdão n.° 401/2009, por meio do qual o Pleno do TCU deliberou no sentido de *“determinar à Petrobras que, nas licitações futuras, atente para a obrigatoriedade de incluir, nos procedimentos licitatórios, justificativas fundamentadas e documentadas de convites, dispensa ou inexigibilidade de licitação, conforme impõem o princípio da motivação das decisões e o art. 26 da Lei 8.666/1993”.* A recorrente defendeu o afastamento da Lei n.º 8.666/93, tendo em vista *“diversas liminares favoráveis à utilização do Decreto 2.745/98 pela Petrobras, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Mandados de Segurança impetrados contra decisões do TCU”*. Aduziu, ainda, que a *“a Constituição da República de 1988, em seu art. 173, § 1º e incisos, determina a sujeição das sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas privadas”*, com a clara *“pretensão de aplicar às sociedades de economia mista que exploram atividade econômica apenas os princípios da administração pública, e não as regras específicas atinentes à mesma”*. Quanto ao teor da determinação guerreada, a recorrente asseverou que, *“da mesma forma que o art. 26 da Lei nº 8.666/93 ordena a motivação da decisão, os itens 4.2.2 e 4.2.2.1 do Manual de Procedimentos Contratuais da Petrobras, o qual complementa e disciplina o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, também contemplam a obrigatoriedade da motivação, o que tem sido cumprido pela Petrobras”*. Em sua instrução, a unidade técnica ponderou que a determinação do TCU não se limita a ordenar que a Petrobras passe a motivar as suas decisões, mas também trata da *“não adoção indiscriminada da modalidade convite fora dos limites impostos pela Lei nº 8.666/93”*, ou seja, *“em limites superiores aos estabelecidos no art. 23, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993”*. Para a unidade instrutiva, ao adotar o convite, *“a Petrobras frustrou a expectativa de outros interessados, em clara afronta aos princípios da publicidade e da impessoalidade (**caput** do art. 37 da CF 1988)”*. Ainda de acordo com a unidade técnica, por intermédio do art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal de 1988, o constituinte derivado outorgou ao legislador ordinário a possibilidade de elaborar estatuto jurídico diferenciado para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, em matéria de licitação, porém mediante lei em sentido formal e material, o que até o presente momento não foi positivado em nosso ordenamento jurídico. Em seu voto, o relator enfatizou que, desde a prolação da Decisão n.° 663/2002-Plenário, a qual considerou inconstitucionais o art. 67 da Lei n.° 9.478/97 e o Decreto n.° 2.745/98, é pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de que a Petrobras está sujeita à observância da Lei n.° 8.666/93 até a edição de lei específica. Ressaltou, também, que o panorama não chegou a ser alterado nem mesmo pelas diversas medidas liminares concedidas pelo Supremo Tribunal Federal, em mandados de segurança impetrados pela entidade, *“já que tem sido entendimento remansoso deste Plenário que aquelas deliberações precárias da Corte Suprema restringem-se aos casos concretos tratados naquelas ações judiciais, sem afetar outras decisões do Tribunal concernentes ao tema, inclusive a ora reexaminada”*. ***Acórdão n.º 1097/2010-Plenário, TC-015.656/2007-2, rel. Min. Aroldo Cedraz, 19.05.2010***.

Contratação direta, sem licitação, para a realização de concurso com vistas ao provimento de cargos ou empregos públicos

Em consulta formulada ao TCU, o Ministro de Estado das Comunicações indaga *“se é possível a realização de certame de caráter nacional”*, com vistas ao recrutamento e à seleção de pessoal para os quadros da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), *“centralizando em Brasília todo o planejamento e a efetiva execução dos processos, por intermédio da contratação de entidade de notória especialização e indiscutível capacidade e experiência em concursos públicos, com base no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666, de 1993”*. Salienta o consulente que, embora seja urgente a deflagração de processo para a contratação de *“novos funcionários para a ECT”*, surgiram dúvidas plausíveis, originárias da área jurídica da empresa, em face da existência do Acórdão n.º 221/2006-Plenário, que determinou à entidade que, nos casos em que houvesse mais de uma instituição em condições de prestar os serviços objeto da contratação direta, a ECT deveria licitá-los. Para o relator, o aludido acórdão não constitui óbice à pretensão do consulente, porquanto, por meio do Acórdão n.° 569/2005-Plenário, prevaleceu a tese de que o art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, ao autorizar a dispensa de licitação, mesmo que viável a competição, não levou em conta o critério da competitividade, mas sim prestigiou outras circunstâncias e peculiaridades que condicionam e recomendam a contratação direta, como a pesquisa, o ensino e o desenvolvimento institucional. Segundo o relator, a leitura que se deve fazer do mencionado Acórdão n.º 221/2006-Plenário é que ele *“buscou evitar o desvirtuamento da lei, por meio da contratação de instituições que atendam aos requisitos constantes do texto legal, a saber: ser brasileira; não ter fins lucrativos; apresentar inquestionável reputação ético-profissional; ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento*

institucional. Não atendidos esses requisitos, prevalece a orientação da aludido ***decisum*** *quanto à obrigatoriedade de licitar".* Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu *"esclarecer ao consulente que é possível a realização de concurso para provimento de cargos ou empregos públicos, por meio da contratação direta de entidade detentora de notória especialização e inquestionáveis capacidade e experiência na matéria, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666, de 1993, sem prejuízo da observância dos demais requisitos estabelecidos na Lei para a contratação direta, como a elaboração de projeto básico e de orçamento detalhado (art. 7º), além da razão de escolha da instituição executante e a justificativa do preço contratado (art. 26)".* Precedente citado: Acórdão n.º 670/2010-Plenário (Relação n.º 12/2010). ***Acórdão n.º 1111/2010-Plenário, TC-010.901/2010-8, rel. Min. José Jorge, 19.05.2010***.

Exigências editalícias restritivas ao caráter competitivo da licitação e prática de ato antieconômico
A caracterização da antieconomicidade da aquisição pode ocorrer quando se verifica que, não fosse a precariedade dos estudos supostamente realizados para especificação do objeto, os quais conduziram à escolha de características presentes em um único equipamento, haveria possibilidade de a licitação realizada ter previsto características mínimas, presentes em outros modelos, que, assim especificadas, resultariam na ampliação da competição, com o comparecimento de mais de um licitante e com o efetivo oferecimento de lances, em legítimo ambiente concorrencial, visando à contratação mais vantajosa, conforme objetivado na modalidade pregão. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação que suscitou possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços n.º 016/2006, conduzido pela Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça, tendo por objeto a aquisição de detectores portáteis de traços de substâncias ilícitas, com entrega descentralizada, para equipar penitenciárias federais do Departamento Penitenciário Nacional (Depen/MJ). A representante aduziu ter havido direcionamento da licitação, com a inclusão de exigência relativa à capacidade de detecção de agentes utilizados em guerras químicas, o que culminou no comparecimento de apenas uma única empresa ao pregão (EBCO Systems Ltda.). Por meio do Acórdão n.º 1.198/2008, o Plenário determinou a anulação da ata de registro de preços e a realização de audiências. Naquela assentada, ao anuir ao encaminhamento proposto, o relator ressaltou a reprovabilidade da conduta do então Coordenador-Geral de Políticas, Pesquisa e Análise da Informação do Depen, que, consoante as provas coligidas ao processo, utilizou-se indevidamente de trabalho acadêmico para motivar a aquisição de equipamento "tri-mode". No voto apresentado na Sessão de 19/05/2010, o relator destacou que os elementos aduzidos não infirmam as conclusões anteriores de que: a) houve motivação inadequada da necessidade de utilização, em presídios federais, de equipamento para detectar armas químicas; b) as especificações do equipamento objeto do Pregão Eletrônico n.º 016/2006 (SRP), cujas características exclusivas de detecção tripla (narcóticos, explosivos e armas químicas), em um mesmo aparelho, e, especialmente, dos gases e produtos químicos industriais, são as mesmas encontradas nos manuais técnicos da fabricante *Smiths Detection*; e c) não havia outro fabricante nacional ou mundial, além da *Smiths Detection*, para detector portátil "tri-mode" (detecção, em um mesmo aparelho, de narcóticos, explosivos e armas químicas), capaz de fornecer equipamento que atendesse integralmente às características fixadas pelo edital. Para o relator, a contratação foi antieconômica, uma vez que os equipamentos para detecção de tão somente explosivos e narcóticos têm menor preço e maior número de fornecedores e, *"tudo indica, poderia atender às necessidades do Sistema Penitenciário Nacional"*. Nesse aspecto, *"a licitação poderia ter-se iniciado com características mínimas que permitiriam, além de concorrência, cotação de preços por licitantes de modelos 'bi-mode', capazes de atender aos presídios com a detecção de drogas, narcóticos e explosivos, de menor valor, sem excluir detectores que também contemplassem armas químicas, os quais, para concorrerem, teriam de baixar preços"*. Na ausência de concorrentes à licitação, *"não houve interesse, por parte da EBCO Systems de, quem sabe, buscar junto ao fabricante, preço mais competitivo, o que, mais uma vez, pode reforçar a prática de aquisição antieconômica por parte dos gestores envolvidos"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu pela aplicação de multa. ***Acórdão n.º 1147/2010-Plenário, TC-032.097/2008-4, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 19.05.2010***.

Inclusão dos tributos IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica e CSLL – Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido na composição do BDI – Benefícios e Despesas Indiretas
No âmbito do Contrato de Repasse n.º 226.012-13/2007, celebrado entre a União, por intermédio do Ministério das Cidades, e o Estado do Rio Grande do Norte, foi firmado o Contrato n.º 039/2008, entre a Secretaria de Estado de Infraestrutura do Rio Grande do Norte e a empresa Dois A Engenharia e Tecnologia Ltda., tendo por objeto a execução das *"obras de Urbanização de Assentamento Precário na Região Administrativa Oeste da cidade de Natal (Favela Mor Gouveia)"*. Entre os achados de auditoria envolvendo

o mencionado contrato, foi identificada, na planilha apresentada pela empresa Dois A Engenharia e Tecnologia Ltda., a *"inclusão inadequada de itens na composição do BDI"*, dele constando percentuais referentes à CSLL e ao IRPJ. Em seu voto, o relator fez alusão ao Acórdão n.º 325/2007-Plenário, o qual, ainda que proferido em processo referente a obras de implantação de linhas de transmissão de energia elétrica, estendeu a determinação contida no seu subitem 9.1 para todas as obras públicas, mediante o seguinte teor: *"9.1. orientar as unidades técnicas do Tribunal que, quando dos trabalhos de fiscalização em obras públicas, passem a utilizar, como referenciais, as seguintes premissas acerca dos componentes de Lucros e Despesas Indiretas – LDI [Benefícios e Despesas Indiretas – BDI]: 9.1.1. os tributos IRPJ e CSLL não devem integrar o cálculo do LDI, tampouco a planilha de custo direto, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que oneram pessoalmente o contratado, não devendo ser repassados à contratante;"*. O relator fez menção, ainda, aos Acórdãos n.os 1.591/2008 e 1.034/2010, ambos do Plenário, os quais veicularam que *"a exclusão do IRPJ ou CSSL na composição do BDI não significaria que os preços ofertados pelas licitantes seriam menores, desde que não houvesse indícios de sobrepreço ou superfaturamento"*. Isso porque as empresas, ao elaborarem suas propostas, *"sabendo da incidência desses tributos, os considerariam quando do cálculo dos custos e de rentabilidade do empreendimento"*. O relator ponderou, no entanto, que *"o entendimento é diferente nos casos em que há indícios de sobrepreços ou superfaturamentos, como observado no presente processo"*. Enfatizou que o edital da licitação concernente ao Contrato n.º 039/2008-SIN foi publicado em 14/01/2008, muito depois da publicação do acórdão paradigma (de n.º 325/2007-Plenário, em 16/03/2007), não se justificando, pois, a não observância das orientações ali expendidas. Ante os indícios de sobrepreço, o relator propôs e o Plenário decidiu fixar prazo para que a Secretaria de Infraestrutura do Rio Grande do Norte e a Companhia Estadual de Habitação e Desenvolvimento Urbano (Cehab/RN) adotem, dentro de suas competências, providências relativas ao Contrato n.º 039/2008-SIN, no tocante às parcelas pagas e a pagar, no sentido da *"regularização"* dos tributos IRPJ e CSLL, *"que devem deixar de integrar o cálculo do LDI e a planilha de custo direto"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.858/2009 e 497/2010, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1119/2010-Plenário, TC-000.275/2010-7, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 19.05.2010***.

Manutenção, em aditivo de aumento de quantitativos, do percentual de desconto ofertado pela contratada no preço global inicialmente ajustado
Para execução do objeto do Contrato de Repasse n.º 0218.435-59/2007, celebrado entre a União, por meio do Ministério das Cidades, e o Estado de Pernambuco, a Companhia Pernambucana de Saneamento (Compesa), na qualidade de *"interveniente executor"*, firmou o Contrato n.º 08.0.0152 com a Construtora Beta S.A., com vistas à realização das obras de implantação do sistema de esgotamento sanitário de Pau Amarelo, bairro do Município de Paulista, região metropolitana de Recife/PE. Em seu relatório de auditoria, a unidade técnica propôs *"Alertar à Companhia Pernambucana de Saneamento que [...], ao realizar o aditivo de aumento de quantitativos - 6º Termo Aditivo ao Contrato n.º 08.0.0152 – conforme planilha orçamentária repassada à equipe de auditoria, observe o valor do desconto ofertado pela contratada nos preços unitários inicialmente contratados, conforme § 6º, art. 112, Lei n.º 12.017;"*. Em seu voto, o relator ponderou que o desconto deve incidir sobre o preço global do ajuste, e não sobre os preços unitários, como proposto pela unidade instrutiva, uma vez que o art. 112, § 6º, da Lei n.º 12.017/2009 dispõe que a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI ou do SICRO não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. Assim sendo, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar à Compesa que, *"ao realizar o aditivo de aumento de quantitativos – 6º Termo Aditivo ao Contrato n.º 08.0.0152 –, mantenha o valor do desconto ofertado pela contratada no preço global inicialmente ajustado"*. ***Acórdão n.º 1120/2010-Plenário, TC-000.340/2010-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 19.05.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Repactuação de valores para itens não cotados, ou cotados a menor, na planilha de preços da empresa vencedora da licitação
Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão n.º 001/2008, promovido pelo Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas (CBPF), com o intuito de contratar empresa para a prestação de serviços de apoio operacional, sem emprego de material, para atendimento em três imóveis daquele órgão. As ocorrências objeto de oitiva ao pregoeiro *"sustentam, em sua maioria, a cotação, na composição dos*

preços” da proposta vencedora da licitação, *“de custos em desacordo com as regras do edital, e em valores a menor do que aqueles de fato suportados pela licitante”*. Ao anuir às conclusões da unidade técnica, o relator observou não haver indícios de inexequibilidade da proposta vencedora da licitação, tampouco notícia, nos autos, de eventual descumprimento do objeto pactuado ou de má prestação dos serviços. Com relação aos itens de custo não cotados, ou cotados a menor, pela vencedora do certame (como o “Seguro de Acidente de Trabalho”, a “Assistência Social Familiar Sindical”, a “Assistência Social” e os benefícios indiretos concedidos pelas empresas aos empregados), o relator defendeu que eles *“não chegam a invalidar a proposta da licitante, mas devem ser objeto de acompanhamento pelo CBPF”*. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu determinar ao órgão que, *“quando da realização de certames voltados à contratação de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, atente ao estrito cumprimento do expressamente disposto nos seguintes dispositivos da Instrução Normativa 02/2008, da SLTI/MP [...], de forma a impedir a hipótese de responsabilidade subsidiária ou solidária da Administração pelo descumprimento de obrigação trabalhista ou previdenciária, prevista no Enunciado 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho;”*. Além disso, foi expedida determinação ao CBPF no sentido de verificar, no âmbito do Contrato n.° 03.004.00/2008, o efetivo recolhimento de parcelas trabalhistas, vencidas e vincendas, *“não acatando eventual repactuação de valores motivada pela mera observância das obrigações a cargo da contratada, consoante as disposições das cláusulas 13ª e 16ª do contrato, e o art. 23 da IN 02/2008, da SLTI/MP”*. ***Acórdão n.º 2554/2010-1ª Câmara, TC-012.841/2008-5, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 18.05.2010***.

Contratação das fundações de apoio, por dispensa de licitação, com base no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93: 1 - Necessidade de o objeto contratado estar relacionado a ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional

Na contratação com base no art. 24, XIII, da Lei n.° 8.666/93, deve o objeto contratado guardar correlação direta com pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao examinar prestação de contas da Fundação Cultural Palmares, referente ao exercício de 2000. Em sua instrução, a unidade técnica apontou diversas irregularidades, entre elas a contratação, por dispensa de licitação, da Fundação Universitária de Desenvolvimento de Extensão e Pesquisa (Fundepes), *“com execução de objetos incompatíveis com o inciso XIII do art. 24 da Lei n.° 8.666/1993, e subcontratações”*. O contrato firmado entre a Fundação Cultural Palmares e a Fundepes tinha por objeto a *“execução de serviços especializados de planejamento, desenvolvimento, implantação, manutenção e apoio às diversas conferências temáticas, seminários e o encontro latino-americano para a realização de Pré-Conferências Preparatórias para a ‘III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação, Xenofobia e outras Formas de Intolerância’, a ser realizada na África do Sul, no período de 31 de agosto a 07 de setembro de 2001”*. De acordo com o relator, *“não obstante o fato de que a concepção dos eventos preparatórios, por hipótese, poderia ensejar alguma pesquisa e estudo na medida que os respectivos temas tinham relação com as questões da etnia negra – o que não restou demonstrado nestes autos – e assim legitimar, em parte, a contratação direta com base no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993, não se pode deixar de lado a constatação de que foram incluídos, no ajuste, serviços e bens cuja execução poderia ser feita por quaisquer empresas especializadas do mercado”*. E tanto é assim que a Fundepes, para executar o objeto ajustado, contratou serviços de terceiros. Como exemplo, o relator destacou a produção de **realises** para a imprensa, edição de cartilhas, filmagem de eventos, editoração de livros, reprodução de conferências em **cd-rom**, edições fotográficas, confecção de certificados, crachás, **banners**, **folders**, bem como a locação de equipamentos e veículos, filmagens de eventos, medição topográfica de terrenos, confecção de jornais, **folders** e cartazes, produção de simpósios e hospedagem de participantes de eventos. Segundo o relator, são serviços que não se enquadram no conceito de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, a que alude o art. 24, XIII, da Lei n.° 8.666/1993. Diante do conjunto das falhas cometidas, com grave infração às normas pertinentes, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de determinar à Fundação Cultural Palmares que *“proceda à dispensa de procedimento licitatório fundamentada no inciso XIII do art. 24 da Lei n.° 8.666/1993 somente quando o objeto do contrato, comprovadamente, consistir em atividade de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, e guardar relação com os fins estatutários da instituição contratada, além de estar comprovado que o preço ajustado é razoável e que a entidade selecionada detém estrutura que comporta o cumprimento pessoal dos compromissos assumidos”*. Precedentes citados: Decisões n.os 30/2000, 777/2000 e 655/2002, todas do Plenário; Acórdãos n.os 1.934/2004, 1.481/2004, 30/2008 e 942/2010, todos do Plenário; Acórdãos n.os 160/2008, 819/2008 e 3.541/2007, todos da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 2567/2010-1ª Câmara, TC-***

009.680/2001-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 18.05.2010.

Contratação das fundações de apoio, por dispensa de licitação, com base no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93: 2 - Responsabilidade, perante o TCU, do parecerista jurídico que se manifesta pela legitimidade da contratação

O parecer jurídico a respeito de contratação deve apresentar-se suficientemente fundamentado, tanto na doutrina como na jurisprudência, de modo a sustentar a respectiva conclusão; caso contrário, a fundamentação insuficiente ou desarrazoada, que subsidie a prática de atos de gestão irregulares ou danosos ao erário, ensejará a aplicação, ao parecerista, da multa prevista no art. 58, II, da Lei n.° 8.443/92. Com base nesse entendimento, o relator propôs aplicação de multa à ex-assessora jurídica da Fundação Cultural Palmares, decorrente, basicamente, do fato de ela haver exarado pareceres jurídicos favoráveis à contratação direta da Fundação Universitária de Desenvolvimento de Extensão e Pesquisa (Fundepes) e da Fundação Universitária de Brasília (Fubra), com base no art. 24, XIII, da Lei n.° 8.666/93, sem que os serviços objeto das contratações tivessem relação com ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional. De acordo com o relator, o teor dos aludidos pareceres jurídicos limita-se, no essencial, a informar a legalidade das contratações diretas, em conformidade com o art. 24, XIII, da citada lei, *"sem discorrer sobre doutrina ou jurisprudência pertinente, tampouco aprofundar o exame acerca da subsunção da contratação direta pretendida aos requisitos do dispositivo legal mencionado"*. Como resultado, têm-se *"pareceres omissos na fundamentação capaz de sustentar a legalidade das contratações examinadas, e que, de certa forma, podem ter transmitido confiança aos gestores para prosseguirem na contratação direta"*. O relator ressaltou que o Ministério Público junto o TCU, por ocasião da Decisão Plenária n.° 289/96, já se manifestava no sentido da necessidade de se examinar *"se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência"*. Enfatizou, por fim, que a circunstância fática de parecer com fundamentação insuficiente, *"como se verifica no presente caso, é passível de multa com base no art. 58, inciso II, da Lei n.° 8.443/1992"*. A Primeira Câmara acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 994/2006 e 2.189/2006, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2567/2010-1ª Câmara, TC-009.680/2001-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 18.05.2010***.

Licitação para aquisição de bens: 1 - Fracionamento de despesas para a não realização de licitação, ou para a não adoção da modalidade licitatória adequada

No âmbito da prestação de contas do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Regional de Sergipe (SENAI/SE), relativa ao exercício de 2005, a unidade técnica promoveu audiência dos responsáveis pelo fato de a entidade haver contratado, por meio de dispensa de licitação, empresa para prestar serviços de reforma em unidades móveis do SENAI/SE, que totalizaram cerca de R$ 54.000,00, ao passo que o Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI prevê que a dispensa somente pode ocorrer até o limite de R$ 25.000,00. Para o relator, *"os serviços executados nas quatro unidades móveis poderiam caracterizar-se como sendo de mesma natureza, tais como lanternagem, recuperação de cadeiras e bancos, recarga de extintores, sinalização visual etc., indicando que uma só empresa poderia realizar os serviços"*. Outra irregularidade levantada dizia respeito à realização de três processos licitatórios, na modalidade de convite, para a aquisição de equipamentos de informática, que totalizaram R$ 325.420,00, enquanto o limite para a utilização do convite, de acordo com o normativo de licitações do SENAI, é de R$ 225.000,00. De acordo com o relator, ainda que o limite tenha sido ultrapassado, *"é forçoso admitir que as compras foram efetuadas por meio de um certame que, embora mais simplificado do que a concorrência – modalidade que deveria ter sido utilizada –, garantiu efetividade ao postulado constitucional da realização de licitação para as compras efetuadas com verbas públicas"*. Ressaltou, ainda, que os três convites, embora realizados para a aquisição de equipamentos de informática, tiveram objetos distintos: *"Convite n.º 7/2005 – aquisição de notebooks; Convite n.º 14/2005 – reestruturação dos Núcleos de Informação Tecnológica, com estruturação de laboratório predial; e Convite n.º 24/2005 – que teve por objeto a compra de novos servidores para o sistema ERP da entidade"*. Considerando que tais falhas *"não ocasionaram prejuízo à entidade, não sendo representativas o bastante para macular as contas dos responsáveis"*, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu tão somente expedir determinação corretiva ao SENAI/SE, para futuras contratações. ***Acórdão n.º 2568/2010-1ª Câmara, TC-017.241/2006-9, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 18.05.2010***.

Licitação para aquisição de bens: 2 - Descrição do objeto de forma a atender às necessidades específicas da entidade promotora do certame

Outra irregularidade identificada no âmbito da prestação de contas do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Regional de Sergipe (SENAI/SE), relativa ao exercício de 2005, e que motivou a audiência dos responsáveis, foi a *"restrição da concorrência em face das especificações do objeto nas aquisições de um veículo tipo perua – Convite n.º 04/2005 – e de uma VAN – Convite n.º 05/2005 –, que foram limitadas, em cada caso, a apenas um veículo disponível no mercado, sem justificativas técnicas para as especificações."*. De acordo com o relator, no caso do Convite n.º 04/2005, a simples escolha do modelo de veículo perua *"consiste em opção discricionária do gestor na busca de atender às necessidades específicas da entidade, não sendo, em princípio, restritiva do caráter competitivo do certame"*. Para ele, também *"não pode ser encarada como restrição a exigência de pneus aro R13, ou, ainda, de velocidade máxima superior a 170 Km/h"*, como ponderado pela unidade técnica, *"uma vez que tais itens são, praticamente, básicos a qualquer modelo de automóvel"*. Em seu voto, o relator afirmou que rodas aro R13 são as que apresentam pneus com o menor custo de reposição em relação às demais (R14, R15 etc.). Ademais, não havia indicação nos autos de que as montadoras participantes do certame tiveram dificuldade em atender a tal demanda. Quanto à velocidade máxima superior a 170 Km/h, o relator concluiu, anuindo à instrução da unidade técnica, que, *"de fato, a velocidade máxima permitida no Código Nacional de Trânsito é de 110 Km/h. Nada obstante, é usual que os veículos, em geral, apresentem velocidade máxima da ordem de 180 Km/h ou mais, indicando que a exigência não pode ser encarada com restritiva da competitividade"*. O relator também não considerou restritiva, tal qual asseverado pela unidade técnica, a exigência, no Convite n.º 5/2005 – que teve como objeto a compra de veículo do tipo VAN –, de poltronas individuais e reclináveis, item que somente teria sido ofertado pela montadora Mercedes-Benz. Considerando que os veículos são utilizados para percorrer grandes distâncias, conforme assinalado pelos responsáveis, o relator não considerou *"desarrazoada a especificação, tampouco geradora de restrição à competitividade"*. A Primeira Câmara acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 2568/2010-1ª Câmara, TC-017.241/2006-9, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 18.05.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Contratação de empresa cujos sócios são servidores públicos

Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades na execução de contratos envolvendo exames anatomopatológicos e citopatológicos, no âmbito do Hospital Escola da Fundação Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Foi promovida a audiência do Reitor em razão das irregularidades apuradas pela unidade técnica, entre elas a autorização de pagamentos à empresa Laboratório de Patologia e Citologia de Pelotas Ltda. – contratada sem processo licitatório –, *"formada por sócios, responsáveis técnicos pelos serviços, que são também servidores ativos da Ufpel"*. O Diretor Geral do Hospital Escola da UFPEL foi ouvido em audiência pelo conflito *"entre os deveres funcionais como servidor público e diretor do Hospital Escola, dispondo de poder acerca de decisões sobre contratação e pagamento de fornecedores de serviço, além de ser médico patologista, citopatologista e anatomopatologista, e os interesses particulares, como sócio da empresa Lapacit Ltda., prestadora de serviços ao Hospital Escola"*. Para o relator, restou, de fato, comprovado que três servidores, entre eles o Diretor Geral do Hospital Escola, são médicos da universidade e detêm vínculo societário com o Laboratório de Patologia e Citologia de Pelotas Ltda., prática vedada pelo inciso III do art. 9º da Lei n.º 8.666/93. O relator anuiu à conclusão da unidade técnica, no sentido de que o Diretor Geral do Hospital Escola atraiu para si a responsabilidade pela irregularidade, ao deixar de se afastar da sociedade no momento de sua nomeação para o cargo de Diretor. Ressaltou, também, que suas funções exercidas no âmbito da UFPEL e do Hospital Escola *"são incompatíveis com sua condição de sócio da empresa Lapacit Ltda., prestadora de serviços ao Hospital Escola, na qual está referido como responsável pelo serviço, junto ao cadastro de estabelecimentos de saúde do SUS"*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de *"encaminhar cópia deste acórdão, e seu relatório e voto, ao Ministério Público Federal em Pelotas/RS, em face da possibilidade de ocorrência da conduta ilícita definida como improbidade administrativa, em relação ao [...] Diretor Geral do Hospital Escola da UFPEL (art. 9º, inc. VIII, e art. 11,* ***caput****, da Lei 8.429/92)"*. ***Acórdão n.º 2411/2010-2ª Câmara, TC-022.559/2008-7, rel. Min. Aroldo Cedraz, 18.05.2010***.

Sessões: 25 e 26 de maio de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratação direta, sem licitação, de empresa cujo sócio-administrador é também diretor da entidade contratante

O relator propôs e o Plenário decidiu negar provimento ao pedido de reexame interposto contra o Acórdão n.º 854/2009, por meio do qual o Pleno aplicou multa ao recorrente e inabilitou-o para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, no âmbito da administração pública, pelo prazo de cinco anos. Para o relator, no que diz respeito ao contrato de prestação de serviços celebrado entre a empresa Cobra Tecnologia S/A, controlada pelo Banco do Brasil, e a empresa Outsite Support Consultoria e Serviços Ltda., sem licitação, ficou demonstrado que o recorrente *"detinha a condição de Diretor de Relacionamento com o Governo, da primeira empresa, e de sócio-administrador da segunda"*. Além da clara afronta ao art. 9º, III, da Lei n.º 8.666/93, o relator ressaltou que foram desrespeitados os princípios da impessoalidade, da moralidade e da isonomia, em razão da condição jurídica ostentada pelo recorrente em ambas as empresas. ***Acórdão n.º 1171/2010-Plenário, TC-025.698/2008-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 26.05.2010***.

Licitação como regra para a elaboração dos projetos de instalações e serviços complementares, ainda que os projetos de arquitetura e urbanismo tenham sido contratados por inexigibilidade

Nas contratações de projetos de arquitetura e urbanismo, por inexigibilidade de licitação, os projetos de instalações e serviços complementares devem ser licitados, salvo se demonstrada a inviabilidade técnica e econômica de tal procedimento, ante a complexidade do empreendimento. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar relatório de levantamento de auditoria envolvendo a construção do Anexo

III do Ministério das Relações Exteriores (MRE). A equipe técnica constatou que a contratação da empresa Arquitetura e Urbanismo Oscar Niemeyer S/C Ltda., por inexigibilidade de licitação, *"englobou indevidamente a elaboração de projetos de instalações e serviços complementares, cuja natureza não pode ser considerada singular"*. Ouvidos em audiência, os responsáveis alegaram que *"a extensão da inexigibilidade decorreu: (a) da singularidade da edificação, à luz das peculiaridades arquitetônicas e urbanísticas da região adjacente; (b) da existência de pareceres técnicos e jurídicos favoráveis; (c) da conexão existente entre o projeto arquitetônico e os projetos complementares, e da necessidade de evitar problemas de compatibilidade e coordenação entre eles; (d) de sua incapacidade técnica para aferir a viabilidade da divisão do objeto contratado; (e) da similitude com procedimentos adotados por outros órgãos federais (TRF-1, TST, TSE e TCU), e do entendimento do TCU na Decisão n.º 781/97-Plenário."*. Para a unidade técnica, embora seja indiscutível a notória especialização da contratada, e se possa reconhecer a singularidade do projeto arquitetônico do empreendimento, esta última característica *"não se estende necessariamente aos projetos de instalações e serviços complementares"*. Em seu voto, o relator destacou que a garantia de compatibilidade e coordenação de projetos arquitetônicos e complementares *"não é assegurada exclusivamente por intermédio da contratação de uma única empresa para elaborá-los, e pode ser garantida pela atuação da área técnica do órgão contratante, ou até mesmo mediante contratação de empresa especializada"*. Ressaltou, também, que o fato de outros órgãos federais terem adotado procedimento similar ao do MRE *"pode mitigar a responsabilidade dos gestores, mas não descaracteriza a já demonstrada impropriedade da contratação em foco"*. No caso das obras executadas pelo TCU, mencionadas nas justificativas como um dos paradigmas adotados, *"a conduta observada foi outra, já que esta Corte, na recente construção do Anexo III de sua sede, optou por contratar separadamente os projetos arquitetônico e complementares, como manda a Lei de Licitações"*. Não obstante a irregularidade constatada, o relator concordou com a unidade técnica que, ante as peculiaridades do caso concreto, os responsáveis ouvidos não mereciam ser apenados. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu *"firmar o entendimento de que, nas contratações de projetos de arquitetura e urbanismo com inexigibilidade de licitação, na forma do inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993, devem ser obrigatoriamente licitados os projetos de instalações e serviços complementares (cálculo estrutural, água fria, esgoto sanitário, águas pluviais, instalações elétricas, cabeamento estruturado, circuito fechado de televisão, controle de acesso, antena coletiva de televisão, sonorização, detecção e alarme de incêndio, supervisão, comando e controle de edificações, ar-condicionado central, ventilação mecânica, prevenção e combate a incêndios, gás liquefeito de petróleo, acústica, ambiente de segurança, irrigação, coleta de lixo, aspiração central e outros), conforme preveem o art. 2º do Estatuto Licitatório e o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, salvo se cabalmente demonstrada a inviabilidade técnica ou econômica da dissociação, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei de Licitações"*. Precedentes citados: Decisão n.º 949/99-Plenário, Acórdão n.º 23/2001-Plenário e Decisão n.º 324/94-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 1183/2010-Plenário, TC-015.162/2009-9, rel. Min. Aroldo Cedraz, 26.05.2010***.

Pregão para a contratação de serviços especializados de gerenciamento ambiental de obra

O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando *"que a Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) suspenda o processamento do Pregão Eletrônico n.º 31/2010, na fase em que se encontre, ou, se já ultimado, abstenha-se de celebrar o contrato com a vencedora do certame, ou ainda, se já formalizado o ajuste, que não adote qualquer medida tendente a iniciar a execução dos serviços"*, até que o Tribunal decida sobre o mérito das irregularidades suscitadas em processo de representação. A referida licitação visa à seleção de empresa para a prestação de serviços técnicos especializados de gerenciamento ambiental das obras de dragagem de aprofundamento e de derrocagem do canal de acesso, da bacia de evolução e dos berços de atracação do Porto de Vitória/ES. Segundo a representante, a modalidade licitatória utilizada pela Codesa foi inadequada, porquanto os serviços discriminados no termo de referência ostentam, a seu ver, natureza intelectual, além de apresentar elevado grau de complexidade técnica, demandando ampla experiência da empresa e dos profissionais a serem mobilizados. Não deveriam, portanto, ser classificados como serviços comuns, conforme definição constante do art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 10.520/2002. Em sua instrução, a unidade técnica chamou a atenção para o fato de que *"o produto pretendido não é um estudo e um relatório, mas são as informações produzidas a partir de um estudo e registradas em documentos denominados EIA/Rima"*. Nesse sentido, *"A principal qualidade desejável dessas informações é a sua precisão, a qual não é passível de ser objetivamente descrita ou definida pelo edital, pois isto importaria realizar o próprio estudo que se pretende contratar. A precisão da informação, por sua vez, depende diretamente da qualidade dos métodos utilizados para a coleta e do tratamento dos dados disponíveis. No*

entanto, não está caracterizada nos autos a existência, no mercado, de definição dos métodos mais adequados de coleta e de tratamento de dados para a produção do conhecimento pretendido, nem estes foram objetivamente determinados pela entidade contratante. Ou seja, há liberdade para o prestador de serviço na escolha da metodologia de estudo que entender mais adequada. Assim, mesmo empresas igualmente qualificadas podem elaborar produtos díspares". Anuindo às conclusões da unidade técnica, o relator enfatizou que o significativo grau de especificidade dos serviços licitados confere-lhes, em juízo de cognição sumária, cunho predominantemente intelectual. Nesse contexto, não lhe pareceu razoável *"que as propostas sejam aferidas unicamente pelo critério de menor preço, regente da modalidade pregão, reclamando análise mais criteriosa para constatação do atendimento ou não das exigências editalícias, a qual não se compatibiliza com o simplificado rito do pregão, configurando o* ***fumus boni iuris****."* Tendo em vista a iminência da homologação, adjudicação e contratação do objeto licitado, entendeu estar presente o **periculum in mora**. O Plenário referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-012.761/2010-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 26.05.2010***.

Adesão a atas de registro de preços constituídas a partir de licitações realizadas por entidades integrantes do Sistema "S"

Em consulta formulada ao TCU, o Ministro da Secretaria Especial de Portos indagou sobre a possibilidade de os órgãos e entidades da Administração Pública Federal aderirem a atas de registro de preços decorrentes de certames licitatórios realizados por entidades integrantes do Sistema "S". Para o relator, a dúvida levantada relaciona-se com o alcance da expressão *"e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União"*, contida no art. 1º do Decreto Federal n.º 3.931/2001 – que regulamenta o sistema de registro de preços na esfera federal –, ou seja, se a expressão abrange ou não o Sistema "S". Em seu voto, o relator destacou que o TCU, em remansosa jurisprudência, tem afirmado que os serviços sociais autônomos, por não integrarem, em sentido estrito, a Administração Pública, não se sujeitam aos ditames da Lei n.º 8.666/93, mas sim aos princípios gerais que regem a matéria, devendo contemplá-los em seus regulamentos próprios. E tais regulamentos, mesmo obedecendo aos princípios gerais do processo licitatório, podem não contemplar procedimentos constantes da Lei de Licitações, de obediência compulsória por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública. Assim sendo, o relator propôs e o Plenário decidiu responder ao consulente que *"não há viabilidade jurídica para a adesão, por órgãos da Administração Pública, a atas de registro de preços relativas a certames licitatórios realizados por entidades integrantes do Sistema "S", uma vez que não se sujeitam aos procedimentos estritos da Lei n.º 8.666/1993, podendo seguir regulamentos próprios devidamente publicados, assim como não se submetem às disposições do Decreto n.º 3.931/2001, que disciplina o sistema de registro de preços"*. Precedentes citados: Decisões n.os 907/97 e 461/98, ambas do Plenário; Acórdão n.º 2.522/2009-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 1192/2010-Plenário, TC-007.469/2010-1, rel. Min. José Múcio Monteiro, 26.05.2010***.

Alterações contratuais unilaterais quantitativas: 1 - Aplicação dos limites legais ao conjunto de acréscimos e ao conjunto de supressões, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles

Relatório de levantamento de auditoria no Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social apontou, em relação às obras em assentamentos no Município de Itapecerica da Serra/SP, realizadas com recursos transferidos por meio de contrato de repasse firmado entre o aludido município e o Ministério das Cidades, a *"extrapolação do limite de 25 % para a realização de acréscimos e supressões"*. A equipe de auditoria também identificou uma série de alterações de projeto indevidas, *"tendo em vista que tais mudanças foram solicitadas pela empresa contratada, sem que nenhuma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, da Lei n.º 8.666/93 estivesse presente"*. Para o relator, nada obsta que a empresa comunique a contratante sobre a possibilidade de troca de uma solução por outra, *"mas quem deve motivar o aditivo, inclusive justificando o porquê de o projeto não ter previsto a melhor solução, é a entidade que licitou."*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao município que, nas próximas licitações realizadas com recursos públicos federais, em caso de aditivos contratuais em que se incluam ou se suprimam quantitativos de serviços, *"abstenha-se de extrapolar os limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei n.º 8.666/1993, tendo em vista que o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no referido dispositivo legal"*. Além disso, *"abstenha-se de efetuar alterações contratuais, a pedido da contratada, em casos não insertos no inciso II do art. 65 da Lei n.º 8.666/1993, bem como aquelas baseadas no art. 65, inciso I, do dispositivo legal, desacompanhadas das justificativas para o projeto não ter previsto a solução almejada ou os quantitativos*

corretos (exceto em caso de ampliação discricionária do objeto), e respectiva comprovação de abertura de procedimento administrativo para apurar as responsabilidades pela imprevisão ou erro". Precedente citado: Acórdão n.º 749/2010-Plenário. ***Acórdão n.º 1200/2010-Plenário, TC-000.344/2010-9, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 26.05.2010***.

Alterações contratuais unilaterais quantitativas: 2 - Aplicação do percentual de desconto, ofertado pela licitante vencedora em relação ao orçamento, sobre o valor global do contrato, antes e depois do aditivo, e não sobre o valor total dos itens novos

Sobre o achado de auditoria referente ao *"desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente do aditivo que incluiu serviços sem a aplicação do desconto global de 11,3 %, verificado na proposta vencedora da licitação, em relação ao orçamento"*, o relator observou que o cálculo da vantagem indevida, efetuado pela unidade técnica, resultou da aplicação do aludido percentual sobre o valor total dos itens novos incluídos na modificação contratual. Segundo o relator, tal procedimento não indica, necessariamente, descumprimento do art. 112, § 6º, da Lei n.º 12.017/2009 (LDO 2010), que assim dispõe: *"§ 6º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI ou do SICRO não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária."* Portanto, para que se pudesse afirmar que o desconto global não fora mantido, gerando vantagem indevida, *"haveria que se calcular o abatimento total do contrato, ou, pelo menos, de uma Curva ABC materialmente representativa, antes e depois do aditivo [...], pois o dispositivo que obriga a manutenção do desconto estabelece o valor global como referência. Tal premissa só é verdadeira quando as alterações contratuais consistem apenas na inclusão de itens novos, o que não é o caso, porquanto, na obra em comento, há supressões e acréscimos de outros serviços"*. O relator acrescentou, ainda, que nem todos os serviços unitários contêm o mesmo desconto global, *"o qual é uma média ponderada dos descontos individuais"*. Frisou, também, que alguns serviços novos, incluídos pelo preço de mercado, substituíram outros, que foram totalmente suprimidos, como, por exemplo, a *"manta asfáltica impermeabilizante"*, que foi trocada por *"telhado com cobertura de fibrocimento"*. Para o relator, esses itens que foram excluídos poderiam estar sem desconto ou até com sobrepreço, *"o que não resultaria em prejuízo. Por outro lado, poderiam ter descontos altíssimos, caso em que a alteração contratual caracterizaria fraude e resultaria em apuração de débito"*. De qualquer forma, o percentual pequeno de supressões e o desconto de quase 30 % em relação ao preço paradigma calculado pela unidade técnica *"sugerem que não houve jogo de planilhas, nem o consequente débito a apurar"*. Não obstante, o relator considerou importante determinar ao Município de Itapecerica da Serra/SP que, na hipótese de aditivos contratuais em que se incluam ou se suprimam quantitativos de serviços, *"sejam calculados os descontos globais antes e depois do aditivo, para, em caso de diminuição do percentual, ser inserida no contrato parcela compensatória negativa, como forma de se dar cumprimento ao art. 112, § 6º, da Lei n.º 12.017/2009 – LDO 2010 ou ao art. 109, § 6º, da Lei n.º 11.768/2008 – LDO 2009"*. Para ele, tal providência também seria necessária para *"manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos do art. 65, § 6º, da Lei n.º 8.666/1993, por interpretação extensiva, pois não se cogita que tal dispositivo beneficie o particular e exclua a Administração do benefício da manutenção de tal equilíbrio"*. O Plenário anuiu à proposta do relator. ***Acórdão n.º 1200/2010-Plenário, TC-000.344/2010-9, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 26.05.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Licitação para prestação de serviços: 1 - Exigência, para fim de habilitação, da apresentação de certidão negativa de débitos salariais

Representação formulada ao TCU apontou supostas irregularidades no edital do Pregão Eletrônico n.º 61/2009, conduzido pelo Hospital Geral de Bonsucesso (HGB), destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços nas áreas de transporte e remoção de pacientes, recepção e telefonia. Foi o pregoeiro chamado em audiência quanto à *"exigência de apresentação de certidão negativa de débitos salariais, como condição de habilitação, contida no item 48.11 do edital, em desacordo com os arts. 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93 e com a jurisprudência desta Corte de Contas"*. O pregoeiro alegou, em síntese, que *"o inciso IV do art. 30 da Lei n.º 8.666/93 prevê a exigência de outros documentos além daqueles citados nos artigos 27 a 31"*, e que *"a exigência da certidão de débitos salariais é medida cautelar exercida pela Administração, no intuito de garantir o efetivo cumprimento do contrato, pois não interessa à Administração*

firmar contrato com empresa que descumpra a legislação trabalhista". Em sua instrução, a unidade técnica assinalou que o inciso IV do art. 30 da Lei n.º 8.666/93 diz respeito à documentação exigível para fim de qualificação técnica, não se prestando, portanto, *"para ampliar o rol de documentos exigíveis a título de regularidade fiscal, que são somente aqueles constantes do art. 29 da Lei de Licitações e Contratos"*. Afirmou, ainda, não haver, em nosso ordenamento jurídico, permissão legal para a exigência de certidão negativa de débitos trabalhistas. De acordo com a unidade instrutiva, a responsabilidade do pregoeiro decorre da decisão por ele proferida, ao examinar impugnação ao edital formulada pela empresa representante, ocasião em que se manifestou no sentido de que *"as exigências não restringem o caráter competitivo do certame, pois, dezenas de empresas adquiriram o edital"*. Segundo a unidade técnica, a decisão acima foi determinante para a manutenção da exigência editalícia, em desacordo com os arts. 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93 e com a jurisprudência do TCU. Para o relator, as conclusões a que chegou a unidade técnica não mereciam reparos, exceto quanto à apenação do pregoeiro, por considerar *"medida de excessivo rigor"*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu expedir determinação corretiva ao HGB, para futuras licitações. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1391/2009, 1899/2007, 1699/2007 e 112/2007, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2617/2010-2ª Câmara, TC-014.411/2009-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 25.05.2010***.

Licitação para prestação de serviços: 2 - Participação, em licitação, de empresa à qual tenha sido aplicada, por outro órgão ou entidade, a pena de suspensão temporária

Outra suposta irregularidade apontada no edital do Pregão Eletrônico n.º 61/2009, realizado pelo Hospital Geral de Bonsucesso (HGB), foi a *"proibição de participação, no pregão, de empresas suspensas de contratar com a Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal, em desacordo com o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, com a jurisprudência desta Corte de Contas, bem como com o art. 7º da Lei n.º 10.520/2002, restringindo indevidamente o universo de possíveis participantes na licitação"*. Ouvido em audiência, o pregoeiro alegou que o assunto *"não é pacífico, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação ao assunto (Resp 151567/RJ e Resp 174274/SP)"*. Para a unidade técnica, embora a jurisprudência majoritária do TCU considere que a suspensão temporária de participação em licitação, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, deva ser entendida como penalidade a ser cumprida apenas perante o órgão que a impôs, as razões de justificativa do responsável deveriam ser aceitas, em face da jurisprudência do STJ por ele mencionada, bem como de posicionamentos doutrinários divergentes sobre a matéria. Anuindo ao entendimento da unidade técnica, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu determinar ao HGB que *"abstenha-se de restringir, em seus certames, a participação de empresas em desfavor das quais tenha sido aplicada, por outros órgãos ou entidades, a pena de suspensão temporária, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993"*. Precedentes citados: Acórdão n.º 3858/2009-2ª Câmara; Acórdão n.º 1727/2006-1ª Câmara; Decisões n.os 226/2000, 369/1999 e 352/1998, todas do Plenário. ***Acórdão n.º 2617/2010-2ª Câmara, TC-014.411/2009-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 25.05.2010***.

Licitação como regra para a contratação de serviços advocatícios

Em processo de prestação de contas da Companhia Energética do Piauí (Cepisa), referente ao exercício de 2002, foi a ex-presidente da entidade ouvida em audiência acerca da contratação, por inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93), de escritório para prestação de serviços de advocacia especializada, representando a contratante perante tribunais superiores sediados em Brasília – especialmente junto ao TCU –, sem que estivesse caracterizada a inviabilidade de competição. De acordo com a instrução da unidade técnica, *"não está demonstrada, no processo de inexigibilidade de licitação, a razão da escolha do escritório [...], em detrimento a outros escritórios de advocacia especializada existentes, à época, em Brasília. [...] Também não está justificado o preço pelo qual os serviços foram contratados (art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei n.º 8.666/93)."*. Segundo o relator, ainda que reconhecida a notória especialização da banca de advogados contratada, *"não restou demonstrada a singularidade dos serviços, requisito essencial para a contratação direta de escritório de advocacia sem licitação"*. Para ele, serviço singular é aquele tem uma característica especial e peculiar, aquele que, nos dizeres de Carlos Ari Sundfeld (*Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 45), deve *"trazer a marca pessoal de seu executor"*, o que não se teria verificado nos serviços contratados pela Cepisa. Ademais, o requisito "confiança", aludido nos precedentes colacionados pela responsável em sua defesa, em especial do Supremo Tribunal Federal (AP 348, DJ de 03/8/2007), não pode ser confundido *"com 'subjetividade', devendo o gestor, em todo caso, declinar os motivos que o levaram a considerar o contratado o mais apto a prestar os serviços"*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu julgar irregulares as contas da ex-

presidente da Cepisa, além de aplicar-lhe multa. Precedente citado: Decisão n.º 494/94-Plenário. ***Acórdão n.º 2629/2010-2ª Câmara, TC-011.213/2003-2, rel. Min. José Jorge, 25.05.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 1 e 2 de junho de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Exigência, para fim de habilitação, de que a visita ao local das obras seja realizada pelo responsável técnico da licitante
Representação formulada ao TCU apontou supostas irregularidades em editais de tomadas de preços promovidas pela Prefeitura Municipal de Chã Preta/AL, visando à construção do mercado público municipal e de um campo de futebol, utilizando recursos federais transferidos mediante convênios. Ao examinar os editais, a unidade técnica constatou que o subitem 6.1 (*'DA HABILITAÇÃO'*) exigia a *"declaração de visita ao local das obras pelo responsável técnico da licitante"*. Para a unidade instrutiva, em que pese ser razoável exigir que aquele que realizar a vistoria detenha um mínimo de conhecimento técnico, *"é descabido que deva ser realizada pelo responsável técnico da licitante"*, isso porque tem sido verificado, na prática, que a exigência de vistoria prévia destina-se tão somente a evitar que a licitante, futuramente, alegue não poder executar o objeto da contratação, por desconhecimento de determinada peculiaridade ou condição do local de prestação do serviço. No entanto, *"essa proteção deve ser sopesada com outros princípios da licitação, como o que preserva a isonomia, a obtenção da proposta mais vantajosa e a ampliação da competitividade"*. Ficou evidente, portanto, em relação à visita técnica, *"o exagero na imposição de que a sua realização se faça exclusivamente pelos próprios responsáveis técnicos das licitantes"*. Não obstante a Prefeitura Municipal de Chã Preta/AL haver anulado as sobreditas tomadas de preços, mas diante da

perspectiva da abertura de novas licitações para a execução dos objetos dos convênios firmados, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao ente municipal. Precedentes citados: Acórdãos n.[os] 2028/2006-1[a] Câmara e 874/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 1264/2010-Plenário, TC-004.950/2010-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 02.06.2010***.

Irregularidades em licitações: 1 - Investidura dos membros da comissão permanente de licitação por período superior a um ano, com a recondução de todos para o período subsequente

Por determinação do Acórdão n.º 2.677/2007-Plenário, foi constituído processo apartado para apurar irregularidades em licitações cujo objeto era a aquisição de medicamentos, realizadas com recursos federais transferidos à Prefeitura Municipal de Santa Inês/MA. Ouvido em audiência, o ex-prefeito não apresentou justificativa para a *"investidura de membros da Comissão Permanente de Licitação por período superior a um ano, e recondução da totalidade de seus membros para o período subsequente"*, em afronta ao art. 51, § 4º, da Lei n.º 8.666/93. Para o relator, ao prever a rotatividade da composição da comissão permanente de licitação, a lei intenta preservar a Administração da *"perpetuação de falhas cometidas por determinados integrantes, sejam decorrentes de má-fé ou de deficiência técnica"*. Além disso, essa alternância *"busca reduzir a margem para fraudes, decorrentes da ingerência de licitantes junto aos trabalhos da Comissão"*. Em consequência, o relator propôs a expedição de determinação corretiva ao ente municipal, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 1281/2010-Plenário, TC-006.092/2008-5, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 02.06.2010***.

Irregularidades em licitações: 2 - Adjudicação, na modalidade convite, sem o mínimo de três propostas válidas, no conjunto e por itens

Outra irregularidade identificada em licitações para aquisição de medicamentos, promovidas pela Prefeitura Municipal de Santa Inês/MA, foi a *"adjudicação, na modalidade convite, sem o mínimo de três propostas válidas – no conjunto e por itens"*. Em seu voto, o relator enfatizou tratar-se de procedimento em desacordo com o entendimento fixado na Súmula n.º 248 do TCU, que assim dispõe: *"Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei 8.666/1993"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo da expedição de determinação corretiva ao ente municipal, para futuras licitações realizadas com recursos federais. ***Acórdão n.º 1281/2010-Plenário, TC-006.092/2008-5, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 02.06.2010***.

Direito ao contraditório e à ampla defesa em razão do desfazimento de atos licitatórios

Equipe de auditoria do TCU identificou indícios de irregularidades na aplicação de recursos federais repassados ao Município de Goiânia/GO, mediante convênios. Na Concorrência n.º 16/2008, realizada pela Agência Municipal de Obras (Amob), objetivando a contratação dos serviços de reurbanização do vale do Córrego Cascavel, no valor estimado de R$ 22.238.586,40, houve a adjudicação do objeto à Planex Engenharia Ltda., pelo valor de R$ 18.393.545,43, seguida da homologação do certame. Em decorrência de mandado de segurança impetrado pela segunda colocada – Delta Construções S.A. –, a Justiça do Estado de Goiás concedeu liminar suspendendo o curso da licitação e determinou, até o julgamento de mérito, *"a desconsideração da proposta da vencedora da concorrência"*. Na sequência, o presidente da Amob decidiu anular a homologação da Concorrência n.º 16/2008, desclassificando a proposta da Planex Engenharia e considerando vencedora a proposta da Delta Construções, no valor de R$ 20.246.418,66, adjudicando-lhe o objeto e homologando o certame. Para a unidade técnica, os atos de anular a homologação favorável à Planex Engenharia, sem garantir-lhe o contraditório e a ampla defesa, e de promover nova adjudicação e nova homologação à Delta Engenharia, configurariam o **fumus boni iuris**, requisito necessário à expedição de medida cautelar, no sentido de determinar à Amob a não expedição da ordem de serviço, até a completa apuração dos fatos, ou, caso tenha expedido, a não iniciação dos serviços. A unidade técnica entendeu, também, que a demora na decisão de mérito do TCU ocasionaria o início da execução do objeto em valores superiores aos ofertados anteriormente no certame, gerando potencial prejuízo ao erário (**periculum in mora**). O relator concordou com a unidade instrutiva quanto à restrição ao contraditório e à ampla defesa da Planex Engenharia, uma vez que *"seria mandatário que a Administração concedesse oportunidades à interessada de se manifestar sobre os atos administrativos que viessem a afetar sua esfera de direitos subjetivos"*. O relator registrou, no entanto, que a Lei n.º 8.666/93, em seu art. 109, visando conceder

oportunidade de manifestação àqueles que se veem prejudicados por arbitrariedades perpetradas por agentes públicos, garante o direito à interposição de recursos, *"nos casos de habilitação ou inabilitação do licitante, julgamento de propostas, anulação ou revogação da licitação etc"*. Considerando que, no caso em tela, verificou-se a *"mais completa resignação da empresa Planex Engenharia Ltda., tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa"*, o relator considerou ausente o requisito do **fumus boni iuris** para o provimento cautelar, propondo ao Plenário tão somente a expedição de determinação corretiva à Amob, para futuras licitações envolvendo recursos federais. O Pleno anuiu à proposta do relator. ***Acórdão n.º 1283/2010-Plenário, TC-009.826/2010-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 02.06.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Possibilidade de a alteração qualitativa do objeto extrapolar os limites legais

No âmbito da prestação de contas da Companhia Docas do Pará (CDP), referente ao exercício de 2007, gestores foram instados a apresentar razões de justificativa para o *"acréscimo acima do limite permitido pelo art. 65 da Lei n.º 8.666/1993, no Contrato n.º 23/2007, celebrado com a empresa CCM Engenharia Ltda., para execução de serviços de recomposição do pavimento e assentamento dos trilhos dos sugadores da área norte do Porto de Belém. O valor inicial era de R$ 87.472,75, e foi majorado em R$ 39.750,99."*. Os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público foram uniformes no sentido da irregularidade das contas do Diretor-Presidente da CDP, sem prejuízo da aplicação de multa. Segundo o *Parquet*, justificava-se tal encaminhamento ante a existência de parecer jurídico indicando que o contrato encontrava-se com prazo de vigência expirado, que o valor do aditamento era superior ao limite previsto na Lei de Licitações, bem assim que seu objeto não atendia aos requisitos de urgência ou emergência. Em seu voto, dissentindo dos pareceres, o relator afirmou haver identificado, nos autos, elementos que dariam suporte à decisão do Diretor-Presidente da CDP: a) parecer do Gerente de Infra-Estrutura solicitando o aditamento do contrato, tendo em vista que, *"durante a execução da obra, verificou-se maior grau de comprometimento das estruturas do que o previsto na fase de diagnóstico para a elaboração do projeto de reforma, só possível de ser identificado e mensurado com precisão durante os trabalhos de escavações"*; b) vistoria na qual foram identificados *"aparentes empenamentos nos trilhos em questão"*; c) expediente do Supervisor de Infra-Estrutura e Engenharia solicitando pronunciamento de engenheiro civil acerca da condenação dos trilhos, ante a possibilidade de serem substituídos por meio de aditivo, aumentando o valor contratado em 37,55%; d) relatório de inspeção por meio do qual foram analisadas as condições de utilização dos trilhos da linha "A" das torres sugadoras da área norte do Porto de Belém, com a seguinte conclusão: *"consideramos que, em conformidade com a ABNT e primando em garantir a qualidade do serviço executado, bem como maior conforto e segurança nas operações com a movimentação da torre sugadora, justifica-se a troca dos três trechos de trilho em questão"*; e) expediente do Supervisor de Infra-Estrutura e Engenharia atestando que *"tais serviços são de difícil previsão durante a etapa de elaboração do projeto, por se tratar de estruturas (patim e alma dos trilhos e vigas transversais aos trilhos) sob o pavimento, e que se verificou deficiência após execução de demolições e escavações"*; f) parecer do advogado da CDP retificando a informação de que o contrato encontrava-se com o prazo expirado; g) parecer do assessor jurídico, sugerindo ao Diretor-Presidente da CDP que firmasse o termo aditivo. Diante desses pronunciamentos, alguns deles anteriores à posse do responsável no cargo de Diretor da CDP, não se poderia *"exigir-lhe conduta diversa"*. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu julgar as suas contas regulares com ressalvas, sem prejuízo de determinar *"aos atuais gestores da Companhia Docas do Pará – CDP"* que *"observem a Decisão n.º 215/99–Plenário, proferida em caráter normativo por este Tribunal, que trata da aplicação do art. 65, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93, por ocasião da celebração de aditamentos que impliquem alterações quantitativas e qualitativas nos contratos administrativos, particularmente no que se refere à necessidade de se demonstrar, na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais, que as consequências da opção alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência"*. ***Acórdão n.º 3133/2010-1ª Câmara, TC-021.842/2008-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 01.06.2010.***

Contratação de fundação de apoio, sem licitação, por parte de universidade federal

Em decorrência de representação formulada ao TCU, foi o Reitor da Universidade Federal do Espírito Santo chamado em audiência sobre a inclusão, no objeto do Contrato n.º 45/2009, firmado com a Fundação

Ceciliano Abel de Almeida, de atividades que *“jamais podem ser consideradas como de desenvolvimento institucional, mas como de ensino ou administrativas”*. Examinadas as razões de justificativa apresentadas pelo Reitor, a unidade técnica reconheceu que parte das atividades contratadas realmente se enquadrava no conceito de desenvolvimento institucional. Para a maior parcela do objeto, entretanto, o contrato estaria fora do permitido no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, que faculta a contratação direta de *“instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional”*. Segundo a unidade técnica, as atividades não enquadradas no conceito de desenvolvimento institucional seriam aquelas agrupadas sob as denominações de *“Apoio aos Programas de Pós-graduação e Projetos Especiais Extracurriculares de Ensino”*, que envolviam aquisição de passagens aéreas, pagamentos de taxas de inscrição em eventos de natureza acadêmica, pagamento de despesas de viagens, pagamento de despesas de publicações em periódicos especializados e aquisição de material de consumo específico para projetos de pós-graduação. Entendeu a unidade instrutiva que tais atividades seriam de caráter rotineiro, voltadas para a manutenção das atividades próprias da universidade. Dissentindo do entendimento da unidade técnica, o relator considerou que *“tais despesas não podem ser equiparadas aos gastos comuns administrativos ou de manutenção da universidade, tais como os relativos à conservação e limpeza, manutenção predial e de veículos, gestão de pessoal e outras atividades comuns aos órgãos e entidades públicas, independentemente de suas atribuições. Tampouco se pode dizer que as atividades objeto dos gastos previstos no contrato são inteiramente alheias ao universo acadêmico.”*. Em resumo, *“não se pode dizer que a contratação não se vincule à finalidade de desenvolvimento institucional”*. A Primeira Câmara acolheu o voto do relator. Precedente citado: Decisão n.º 655/2002-Plenário. ***Acórdão n.º 3150/2010-1ª Câmara, TC-013.531/2009-5, rel. Min. Augusto Nardes, 01.06.2010***.

Prestação de serviços na área de tecnologia da informação: 1 - Pagamento pela mera disponibilização de pessoal, e não pela efetiva execução de serviços

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 68/2005, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF/1ª Região), objetivando a contratação de *“pessoa jurídica especializada na locação de mão de obra para prestação de serviços na área de tecnologia da informação”*. Para a unidade técnica, não mereciam prosperar as justificativas apresentadas pelo pregoeiro e pelo Diretor-Geral da Secretaria de Informática – autoridade homologadora do certame –, chamados em audiência quanto à *“contratação, por meio de empresa para fornecimento de mão-de-obra, para realização de serviços que poderiam ser licitados como produtos (licenciamentos) e/ou licitação direta do serviço, para realização e entrega prontos pela contratada, incluindo, em ambos os casos, as respectivas garantias”*. Assim sendo, a unidade técnica sugeriu que a contratação fosse imediatamente suspensa, sem prejuízo da aplicação de multa aos responsáveis. Em seu voto, o relator frisou que, no modelo de execução indireta adotado pelo TRF/1ª Região, consistente na contratação do fornecimento de mão de obra (também denominado locação de mão de obra ou alocação de postos de trabalho), o órgão contratante solicita que a contratada coloque à sua disposição número certo de empregados para desenvolver, sob supervisão do órgão, atividades instrumentais ou complementares, cujo pagamento é feito, em geral, com base na simples disponibilização de pessoal, independentemente de haver efetiva execução de serviços durante o tempo em que os empregados permanecem à disposição da Administração. Ponderou, ainda, que o Tribunal, ao examinar contratação efetivada em condições similares, prolatou o Acórdão n.º 1.453/2009-Plenário, ocasião em que decidiu tão somente pelo endereçamento de determinações corretivas e de recomendação visando ao aperfeiçoamento do modelo de gestão, sem imputação de multa. Por questão de isonomia entre os entes jurisdicionados e a fim de manter uniformidade entre as deliberações do Tribunal, o relator defendeu, para o presente caso, desfecho semelhante, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 3144/2010-1ª Câmara, TC-019.429/2005-6, rel. Min. Augusto Nardes, 01.06.2010***.

Prestação de serviços na área de tecnologia da informação: 2 - Adoção do pregão

O representante também alegou que o Pregão Eletrônico n.º 68/2005, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF/1ª Região), objetivando a *“contratação de pessoa jurídica especializada na locação de mão de obra para prestação de serviços na área de tecnologia da informação”*, deveria ter sido do tipo *técnica e preço*, conforme disposto no art. 45, § 4º, da Lei n.° 8.666/93, por ter como objeto a contratação de serviços de informática *“especiais, que envolveriam conhecimentos acadêmicos com grau de complexidade inverso ao de objeto licitado mediante pregão”*. Em seu voto, o relator esclareceu que o entendimento do TCU evoluiu para a possibilidade da utilização do pregão quando os serviços não tiverem

natureza predominantemente intelectual, sendo obrigatória a sua adoção para aqueles que, não obstante a sua complexidade, puderem ser considerados como serviços comuns, ou seja, quando definidos segundo protocolos, métodos e padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, consoante disposto no Acórdão n.º 2.471/2008-Plenário. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu *"alertar o TRF/1ª Região acerca da necessidade de observação, nas futuras contratações de bens e serviços de tecnologia da informação, das diretrizes contidas no Acórdão n.º 2.471/2008-TCU-Plenário"*. ***Acórdão n.º 3144/2010-1ª Câmara, TC-019.429/2005-6, rel. Min. Augusto Nardes, 01.06.2010***.

Exigência da comprovação de regularidade fiscal e previdenciária, inclusive nos casos de convite e de contratação direta

No âmbito da prestação de contas da Administração Regional do Serviço Social do Comércio no Estado do Amapá (Sesc/AP), referente ao exercício de 2006, foram os responsáveis ouvidos em audiência acerca da *"omissão do Sesc/AP em exigir de seus contratantes selecionados por dispensa de licitação ou por convite, da comprovação de regularidade fiscal e com o INSS"*. Os responsáveis alegaram que o regulamento do Sesc faculta esse procedimento, a exemplo do que dispõe o art. 32, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. A unidade técnica rejeitou o argumento, uma vez que o Tribunal, por meio do Acórdão n.º 457/2005-2ª Câmara, já havia determinado às entidades do Sistema "S" que alterassem seus regulamentos de licitações, de modo a contemplarem a comprovação prévia de regularidade fiscal e previdenciária, inclusive nos convites e nas dispensas de licitação. Em seu voto, o relator ressaltou que o TCU vem, de fato, consagrando o entendimento de que a exigência é necessária mesmo nos casos de convite, nas dispensas de licitação e nas compras prevendo a pronta entrega do bem, que são excepcionados no art. 32, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. Para o relator, o TCU *"dá, assim, livre vazão à forte ojeriza do sistema constitucional brasileiro à contratação administrativa de empresas em débito com a previdência social, as quais, não bastassem os atrozes malefícios que trazem ao bem-estar geral da sociedade, ainda comparecem à competição licitatória com custos indevidamente reduzidos. Esses fatores de evidente ponderabilidade superam em importância a preocupação meramente desburocratizante que subjaz a exceção prevista no referido dispositivo."*. Ademais, a facilidade de obtenção de atestados de regularidade fiscal e previdenciária junto aos diversos órgãos responsáveis pela arrecadação *"arreda, de vez, considerações que levem em conta o custo de identificação dos inadimplentes com a previdência e o fisco em geral, respaldando a posição da Corte"*. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu rejeitar as justificativas dos gestores, sem prejuízo de alertar o Sesc/AP para a necessidade de *"observar o entendimento prevalecente nesta Corte"*, segundo o qual: a) *"por força do disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal, que torna sem efeito, em parte, o permissivo do art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993, a documentação relativa à regularidade fiscal e com a Seguridade Social, prevista no art. 29, inciso IV, da Lei 8.666/1993, é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento para pronta entrega;"*; e b) *"a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida no subitem anterior é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação,* ***ex vi*** *do disposto no § 3º do art. 195 da CF."*. Precedentes citados: Decisão n.º 705/94-Plenário e Acórdão n.º 457/2005-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 3146/2010-1ª Câmara, TC-022.207/2007-6, rel. Min. Augusto Nardes, 01.06.2010.***

Compra de medicamentos: 1 - Parâmetro de preços

Em razão de irregularidades detectadas na Secretaria de Saúde do Estado do Amapá, desde a contratação direta sem justificativa plausível, até a compra de medicamentos a preços 3.870% superiores aos de mercado, foi instaurada tomada de contas especial, tendo sido promovida a citação de diversos agentes públicos e das empresas beneficiárias. Ao analisar as alegações de defesa oferecidas pelos responsáveis, o relator destacou que a jurisprudência do Tribunal, *"há tempos, tem-se direcionado no sentido de que se mostra inadequada, para fim de parâmetro, a comparação com base na tabela de preços elaborada por órgãos de classe dos laboratórios"*. O relator enfatizou que, no caso concreto, a comparação efetivada pela unidade técnica, para fim de quantificação do débito, levou em consideração os preços praticados em outros órgãos/entidades da União, os valores obtidos pela própria Secretaria Estadual de Saúde noutros certames, além daqueles inseridos no Banco de Preços do Ministério da Saúde. E os precedentes invocados pela unidade técnica (Decisões n.ºs 295/94 e 599/998, ambas do Plenário, e 223/99, da 2ª Câmara) *"ressaltam a informação de que os preços de tabela/fábrica praticados pela indústria farmacêutica são abusivos, muito superiores aos obtidos em licitações realizadas pelos órgãos públicos"*. A esses julgados, o relator acrescentou recente

acórdão proferido pelo Plenário, relativamente à compra de medicamentos e produtos hospitalares por Secretarias do Estado de São Paulo (Acórdão n.° 65/2010-Plenário). Assim sendo, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu rejeitar a defesa oferecida pelos responsáveis. ***Acórdão n.º 3155/2010-1ª Câmara, TC-013.853/2001-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 01.06.2010***.

Compra de medicamentos: 2 - Responsabilidade solidária das empresas contratadas, em razão de superfaturamento

Quanto às empresas citadas, a unidade técnica sugeriu o acolhimento das alegações de defesa oferecidas pelos seus representantes, partindo da premissa de que elas teriam revendido produtos à Secretaria de Saúde do Estado do Amapá *"na qualidade de meras empresas capitalistas, não se dispondo de parâmetros para aceitar ou rejeitar a margem de lucros por elas praticados perante a Administração Pública"*. O relator divergiu do entendimento da unidade técnica, porquanto as compras realizadas com recursos federais transferidos mediante convênio, *"não podem ser tratadas como meras transações comerciais, que teriam o objetivo de auferir lucros, pois, como se sabe, instrumentos da espécie são assinados visando à execução de programas de trabalho, projetos, atividades ou eventos de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação"*. O relator fez alusão, ainda, ao art. 16, § 2º, da Lei n.º 8.443/92, segundo o qual, no caso de o Tribunal julgar as contas irregulares, fixará a responsabilidade solidária dos agentes públicos que praticaram o ato irregular e do terceiro, como parte interessada na prática do mesmo ato. Além disso, a Lei n.º 8.666/93, ao dispor sobre os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, determina que, se comprovada a ocorrência de superfaturamento, *"respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis"*. Ao final, o relator concluiu que deveria ser *"mantida a responsabilidade solidária das empresas"*, pelo recolhimento dos débitos respectivos à Fundação Nacional de Saúde, entidade concedente dos valores federais em causa. A Primeira Câmara anuiu à proposta do relator. ***Acórdão n.º 3155/2010-1ª Câmara, TC-013.853/2001-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 01.06.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Necessidade da demonstração da vantagem da locação de equipamentos, em detrimento da sua aquisição

Contra o Acórdão n.º 1685/2007-2ª Câmara, mediante o qual foi apreciado recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão n.º 918/2005-2ª Câmara, exarado em processo de tomada de contas especial, foram opostos embargos de declaração pelo Diretor de Programas e pelo Coordenador-Geral de Modernização e Informática, ambos do Ministério do Esporte e Turismo (atual Ministério do Esporte), os quais foram responsabilizados pela prática de atos de gestão antieconômicos, caracterizados pela locação de equipamentos de informática, em detrimento de opção mais econômica – a aquisição. Quanto à alegação de que o TCU estaria a adentrar no mérito administrativo acerca da opção pela locação em vez da aquisição dos equipamentos, o relator frisou que não se tratava de matéria previamente submetida ao TCU, não cabendo falar em omissão, contradição ou obscuridade do acórdão recorrido. *"Mesmo que assim não fosse"*, o relator frisou que *"entre opções de igual resultado, no caso a utilização de equipamentos de informática pela Administração, não há discricionariedade para o gestor não adotar a opção mais econômica, de acordo com os princípios que regem a Administração Pública"*. O relator enfatizou, ainda, que o TCU somente admite a hipótese de locação de equipamentos quando fique comprovada a vantagem de tal procedimento, o que, para ele, não ocorreu no caso concreto. A Segunda Câmara anuiu ao entendimento do relator. ***Acórdão n.º 2814/2010-2ª Câmara, TC-008.551/2003-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 01.06.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Supervisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 8 e 9 de junho de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Inversão, nos processos licitatórios de arrendamento de áreas de instalações portuárias, das fases de habilitação e julgamento
Em consequência do Acórdão n.º 447/2009-Plenário, por meio do qual o TCU recomendou à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) que observasse, nas licitações de arrendamento de áreas de instalações portuárias, a previsão legal para inversão das fases de habilitação e julgamento, nos termos previstos no art. 18-A da Lei n.º 8.987/95, o Ministro da Secretaria Especial de Portos formulou consulta ao TCU com a seguinte redação: *"Poderá a Administração do Porto, em adotando a concorrência como modalidade de licitação para arrendamento de instalações do porto sob sua administração, utilizar-se da inversão de fases prevista na Lei de Concessões? Em caso afirmativo, poderá essa promover a disputa de lances imediatamente após o encerramento da fase de classificação das propostas econômicas?"*. Em seu voto, o relator afirmou que o TCU, ao expedir a aludida recomendação, fundamentou-se em dispositivos legais e regulamentares, com destaque para o art. 4º, I, da Lei n.º 8.630/93, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias. Já o Decreto n.º 6.620/2008, que regulamenta a Lei n.º 8.630/93, em seu art. 29, IV, preceitua que o procedimento administrativo de licitação para o arrendamento de instalações portuárias rege-se pela Lei n.º 8.666/93 e pela Lei n.º 8.987/95 (lei geral de concessão e permissão de serviços públicos). Por seu turno, a Lei n.º 8.987/95 define a concorrência como modalidade de licitação para a concessão de serviço público, precedido ou não da execução de obra pública (art. 2º, II e III). E o artigo 18-A da referida lei prevê a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento, não impedindo que o oferecimento de lances ocorra imediatamente após encerrada a fase de classificação das propostas. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu responder ao consulente que: *"a) não há óbice para a Administração do Porto, em adotando a concorrência como modalidade de licitação para arrendamento de instalações do porto sob sua administração, utilizar-se da inversão de fases prevista na Lei de Concessões; b) o art. 18-A, inciso I, da Lei n.º 8.987/1995 autoriza – e não determina – a utilização da disputa de lances imediatamente após o encerramento da fase de classificação das propostas, na realização da licitação;"*. ***Acórdão n.º 1349/2010-Plenário, TC-010.430/2009-9, rel. Min. Benjamin Zymler, 09.06.2010***.

Exigências restritivas ao caráter competitivo da licitação: 1 - Necessidade do visto do Crea local na certidão de registro, no Crea de origem, da licitante e de seu responsável técnico
Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência n.º 34/2009, realizada pela Secretaria de Infraestrutura do Estado de Alagoas (Seinfra/AL), destinada à execução de obras e serviços de ampliação do sistema de abastecimento de água de Maceió/AL. A representante questionou sua inabilitação no certame, decorrente da observância apenas parcial de cláusula editalícia, *"eis que apresentou certidão de registro no Crea de origem, sem o visto do Crea/AL"*. Para a unidade técnica, a exigência editalícia – do visto do Crea/AL na certidão de registro da licitante, bem como de seu responsável técnico, no Crea de origem/sede – está em desacordo com a legislação pertinente, não podendo a Administração inseri-la como requisito de qualificação técnica. De acordo com o relator, é pacífico o entendimento do TCU de que o instante apropriado para atendimento de tal requisito é o momento de início do exercício da atividade, que se dá com a contratação e não na fase de habilitação, sob pena de comprometimento da competitividade do certame. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar procedente a representação. Precedentes citados: Decisões n.os 279/98 e 348/99, ambas do Plenário; Acórdãos n.os 512/2002, 1.224/2002 e 1.728/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1328/2010-Plenário, TC-000.051/2010-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 09.06.2010***.

Exigências restritivas ao caráter competitivo da licitação: 2 - Comprovação da qualificação técnico-profissional em relação a parcelas pouco relevantes do objeto licitado
Outra suposta irregularidade identificada no edital da Concorrência n.º 34/2009, promovida pela Secretaria de Infraestrutura do Estado de Alagoas (Seinfra/AL), tendo por objeto a execução de obras e serviços de ampliação do sistema de abastecimento de água de Maceió/AL, foi a exigência da apresentação de atestado, com nome do responsável técnico, para serviços de fornecimento e montagem de subestação elétrica. Conforme a unidade técnica, *"a construção das três subestações elétricas é relevante para o funcionamento da obra, porém indiscutível, também, se tratar de valor inexpressível perante o total da obra [...]. Logo, as justificativas apresentadas pela Seinfra/AL estão defasadas perante a jurisprudência do TCU"*, para o qual as exigências de comprovação da capacitação técnico-profissional devem ficar restritas às parcelas do objeto

licitado que sejam, cumulativamente, de maior relevância técnica e de valor significativo, e que devem estar previamente definidas no instrumento convocatório, como impõe o inciso I do § 1º do art. 30 da Lei n.º 8.666/93. Segundo o relator, isso não se verificou no caso em tela, porquanto, além de não haver qualquer indicação de parcelas técnica ou materialmente relevantes no edital do certame, a exigência de qualificação *"dizia respeito a uma fração correspondente a pouco mais de 0,09% do valor total do objeto licitado"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar procedente a representação. Precedentes citados: Acórdãos n.os 167/2001 e 1.332/2006, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1328/2010-Plenário, TC-000.051/2010-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 09.06.2010***.

Exigências restritivas ao caráter competitivo da licitação: 3 - Prejuízo concreto à competitividade e anulação do certame

Não obstante o caráter restritivo de exigências insertas no edital na Concorrência n.º 34/2009, realizada pela Secretaria de Infraestrutura do Estado de Alagoas (Seinfra/AL), o relator divergiu da proposta da unidade técnica quanto à necessidade de anulação do certame, por considerar que as exigências indevidas não comprometeram, na prática, a condução e os resultados da licitação. Em primeiro lugar, porque acudiram ao certame nove empresas, das quais seis foram regularmente habilitadas, número suficiente para assegurar competitividade à disputa. Em segundo lugar, porque, das três empresas inabilitadas, apenas duas o foram em razão de alguma das exigências indevidas. Em terceiro lugar, porque mesmo as duas licitantes impropriamente excluídas lograram, pela via judicial, continuar a participar do certame, em igualdade de condições com os demais participantes. Assim sendo, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir tão somente determinação corretiva ao órgão, para futuras licitações. ***Acórdão n.º 1328/2010-Plenário, TC-000.051/2010-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 09.06.2010***.

Aquisição de solução integrada de tecnologia da informação, em detrimento do parcelamento do objeto

Contra o Acórdão n.º 2.026/2007-1ª Câmara, que julgou regulares com ressalvas as contas de 2005 da Subsecretaria-Geral de Cooperação e Comunidades Brasileiras no Exterior, do Ministério das Relações Exteriores, o Ministério Público junto ao TCU interpôs recurso de revisão, motivado pela possibilidade, constatada em processo de denúncia, de ocorrência de irregularidades na Concorrência n.º 1/2005, destinada à contratação de empresa para prestar serviços técnicos especializados de tecnologia da informação de forma integrada, mediante oferta de ferramentas de *hardware* e de *software*, e das pessoas necessárias ao gerenciamento daquelas ferramentas, a fim de operacionalizar e manter em funcionamento o ambiente computacional de alta disponibilidade do Departamento de Promoção Comercial (DPR) e da Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores (ABC). Chamados em audiência, quanto ao *"não parcelamento do objeto da Concorrência 1/2005"*, os responsáveis afirmaram: a) que a opção pela aquisição de solução integrada de tecnologia da informação visava assegurar a harmonia do funcionamento do ambiente operacional e evitar incompatibilidades que poderiam advir da aquisição individual dos diversos itens; b) foi examinada pela Consultoria Jurídica do MRE; c) não comprometeu a competitividade do certame, tendo sido admitida a participação de empresas reunidas em consórcio; d) permitiu o atendimento dos requisitos operacionais definidos pela ABC e pelo DPR; e) foi feita, graças à integração, a preços 20% abaixo do mercado, conforme pesquisas realizadas à época. Em seu voto, o relator frisou que a jurisprudência do TCU preconiza o parcelamento do objeto, como forma de ampliar a competição, nas aquisições de bens e serviços de informática. No caso concreto, entretanto, ele considerou, tal qual a unidade técnica, que os responsáveis lograram demonstrar que a divisão acarretaria prejuízos para o conjunto do empreendimento. Além disso, não se poderia concluir que a alternativa adotada acarretou, por si só, comprometimento da competitividade do certame, *"eis que foi admitida a participação de empresas em consórcio"*. Considerando que os objetivos do processo licitatório foram integralmente atendidos, o relator propôs e o Plenário decidiu negar provimento ao recurso. ***Acórdão n.º 1326/2010-Plenário, TC-011.756/2006-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 09.06.2010***.

Pregão para serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento de obras

O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando a suspensão, pela Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa), dos atos referentes ao Pregão Eletrônico n.º 033/2010, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões levantadas em processo de representação. A licitação destina-se à contratação de empresa para prestação de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à

fiscalização e acompanhamento das obras de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do cais comercial do porto de Vitória/ES. A representante alegou que a modalidade licitatória adotada não seria adequada para a contratação pretendida, por se tratar de serviços de engenharia de elevado nível de complexidade técnica, não pertencente à categoria dos serviços comuns. Segundo a representante, a licitação deveria ser do tipo 'melhor técnica' ou 'técnica e preço', à luz do disposto no art. 46 da Lei n.º 8.666/93. Para o relator não ficou caracterizado, de fato, que o objeto pretendido pela Codesa é de índole comum, principalmente porque duas das atribuições da futura contratada *"não parecem de natureza comum"*, a saber: I)*"participar de soluções, em conjunto com a(s) construtora(s) e/ou a CODESA, de questões técnicas e/ou contratuais das obras em andamento, seja por rotina ou por iniciativa de qualquer das partes envolvidas"*; e II) *"esclarecer dúvidas e prestar as informações de projetos necessárias à completa e adequada execução das obras pela(s) construtora(s)"*. Mesmo sendo somente duas atribuições num universo de nove, o relator destacou serem elas de suma importância para o resultado que a Codesa intenta alcançar. Enfatizou, também, que *"não basta que o objeto possa ser definido pelo edital. Todas as especificações dos métodos aplicáveis usualmente no mercado e suficientes para garantirem o adequado padrão de qualidade e de desempenho devem constar de forma detalhada do instrumento convocatório. Pelo que expus, não é o que se verifica."*. Por fim, o relator considerou presentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, justificando a suspensão cautelar dos procedimentos licitatórios questionados, referendada pelo Plenário. ***Decisão monocrática no TC-013.796/2010-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 09.06.2010***.

Incidência do valor de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo, exigido como requisito de qualificação econômico-financeira, sobre o valor estimado do contrato para o período de doze meses

Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 26/2010, promovido pela Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev), com vistas à contratação de empresa para o fornecimento de auxílio alimentação, via cartão magnético. A Dataprev foi chamada aos autos para se manifestar sobre a *"exigência de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo equivalente a 10% do período total da contratação (36 meses), o que corresponde a 30% do valor anual do contrato"*. Após examinar as informações prestadas, a unidade técnica concluiu que, *"não obstante a fixação do prazo inicial de vigência, 36 meses, ser aceito pela jurisprudência deste Tribunal, e a exigência do patrimônio líquido ter recaído sobre a projeção do valor estimado para esse período, resta [...] a justificativa para a limitação da garantia em patamares próximos aos 10%, posto que a Lei de Licitações permite margem entre 0,1 a 10%, conforme § 3° do art. 31. Essa decisão, ainda que buscando maiores garantias à execução contratual, acabou por privilegiar a participação apenas de empresas de grande porte, no ramo de negócio em tela, possuidoras de grande capital social [...], caracterizando desrespeito ao princípios da isonomia e da razoabilidade."*. Em consequência, a unidade técnica propôs determinar-se à entidade a republicação do edital do pregão, devidamente corrigido. Embora concordando com a análise da unidade técnica, o relator não considerou que as exigências *"tenham afetado a economicidade do certame, que contou com a participação de quatro licitantes e ampla disputa (71 lances ao todo)"*. Revelava-se, portanto, a seu ver, *"contrário ao interesse público o retorno do procedimento ao seu início, seja porque a natureza essencial dos serviços contratados (vale alimentação) pode forçar a entidade a realizar contratação emergencial a preços majorados, seja porque não há indício de que a licitação teria resultado diverso caso alterados os dispositivos impugnados"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar à Dataprev que, em suas futuras licitações, *"faça incidir o valor de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo, exigido como requisito de qualificação econômico-financeira, sobre o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, mesmo quando o prazo do contrato for superior a este período"*. ***Acórdão n.º 1335/2010-Plenário, TC-011.225/2010-6, rel. Min. José Múcio Monteiro, 09.06.2010***.

Licitação para prestação de serviços advocatícios: 1 - Possibilidade da adoção do pregão

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 637/2009, realizado pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A., com o objetivo de contratar escritório de advocacia para prestação de serviços jurídicos especializados nas áreas de direito civil (juizados especiais e órgão recursal correspondente) e de direito administrativo. A representante alegava, em síntese, que a licitação na modalidade pregão contrariava o disposto nos arts. 31 e 33 da Lei n.º 8.906/94, *"uma vez que a competição entre advogados avilta o valor da contraprestação a ser pago pelos serviços prestados"*. De acordo com a unidade técnica, *"o pregão eletrônico para a contratação de escritório de advocacia por preço global não contribui para o aviltamento dos honorários, uma vez que cada licitante, respeitando os seus deveres éticos,*

deverá apresentar lances compatíveis com a dignidade da advocacia e suficientes para a devida remuneração de seu quadro (seja ele composto de sócios ou contratados). [...] Argumenta-se, por outro lado, que os serviços de advocacia, por terem cunho intelectual e serem de nível superior, não se coadunariam entre os serviços comuns previstos na legislação para serem adquiridos por pregão. De igual modo, o TCU tem entendido que o serviço advocatício, dependendo do caso, pode ser enquadrado como comum. [...] Da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005 não decorre oposição inconciliável entre serviço comum e grau de nível superior. [...] Frente a qualquer contratação, somente pelas circunstâncias do mercado próprio de cada serviço poderá ser esclarecido se o caso atende ou não à condição de comum [...]. O presente caso trata da contratação de serviços advocatícios no âmbito do direito civil (juizados especiais e órgão recursal correspondente) e de direito administrativo. As matérias do Juizado Especial [...] são de baixíssima complexidade, assim como as corriqueiras questões de direito administrativo, de sorte que não se vislumbra nenhum tipo de serviço que não possa ser qualificado como comum. Dessa forma, entende-se cabível, ***in casu****, o uso da modalidade pregão."*. O relator anuiu às conclusões da unidade técnica, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Precedentes citados: Decisão n.º 90/98-2ª Câmara e Acórdão n.º 1.493/2006-Plenário. ***Acórdão n.º 1336/2010-Plenário, TC-011.910/2010-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 09.06.2010***.

Licitação para prestação de serviços advocatícios: 2 - Exigência de que o futuro contratado disponha de profissional detentor de curso de especialização

Ainda quanto ao Pregão Eletrônico n.º 637/2009, realizado pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A., com o objetivo de contratar escritório de advocacia para prestação de serviços jurídicos especializados nas áreas de direito civil e de direito administrativo, a unidade técnica considerou que o item 4.22 do edital restringia a competitividade da licitação, impedindo a escolha da proposta mais vantajosa, ao impor ao futuro contratado o encargo de dispor de profissional detentor de curso de especialização em direito civil e/ou processo civil. De acordo com a unidade técnica, *"A exigência da qualificação de profissionais se resume ao reconhecimento da entidade competente. No caso dos advogados, a entidade competente é a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Assim, bastaria o reconhecimento do profissional como advogado pela OAB para atingir-se a qualificação técnica. A exigência de titulação acadêmica, como a especialização, por outro lado, não encontra guarida na legislação. [...] É preciso assinalar que a intenção da entidade em buscar a melhoria profissional de seus contratados é louvável. Todavia, o uso do pregão, destinado aos serviços comuns, não se coaduna com exigências de serviços de cunho mais especializados. [...] Em caso de a Administração realmente verificar a necessidade, fazendo a devida justificação, de maiores exigências, a contratação do objeto, por se tratar de serviços de natureza predominantemente intelectual, melhor se adequaria ao tipo de licitação 'técnica e preço', onde é possível a atribuição de pontuação, devidamente justificada, e de estabelecimento de requisitos pertinentes ao objeto licitado para habilitação técnica (art. 46 da Lei nº 8.666/1993). De igual modo, tal não parece ser o caso em apreço, tendo em vista que o foco da contratação é a atuação em Juizados Especiais, os quais envolvem causas de menor complexidade, que possibilitam, em certos casos, até mesmo a dispensa do advogado. Portanto, diante da inclusão de exigência de qualificação técnica sem amparo legal, o certame deve ser anulado."*. Não obstante concordar com as considerações aduzidas pela unidade técnica, o relator divergiu da proposta de anulação do certame, ante a presença de circunstâncias atenuantes. Primeiro, o valor estimado do contrato, por doze meses de execução, era R$ 440.440,00, mas o melhor lance foi R$ 149.990,99, equivalente a 34% do previsto no edital, com a obtenção de economia significativa para os cofres da entidade. Segundo, a participação de nove empresas no evento *"indica que a competitividade da licitação foi preservada e que a proposta aprovada pode ser considerada como a mais vantajosa para a Administração"*. Terceiro, os atuais licitantes *"podem se sentir desestimulados de participar de um novo certame com firmas que dispõem de profissionais sem as mesmas qualificações técnicas de seus empregados. Logo, o provável aumento do número de licitantes pode ser menor do que o esperado, ou até mesmo nulo, caso essa desistência se concretize"*. Por fim, os elementos constantes dos autos *"não garantem, sem contestação, que os benefícios pretendidos com a nova licitação superariam os custos decorrentes da anulação do atual pregão, do tempo necessário à realização de outro certame e da perda da qualidade ora obtida"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu apenas expedir determinação corretiva à entidade, para futuras licitações. Precedente citado: Acórdão n.º 2.081/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 1336/2010-Plenário, TC-011.910/2010-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 09.06.2010***.

Realização de pagamento antecipado à contratada
Auditoria de conformidade envolvendo as obras de ampliação do sistema de drenagem urbana no Município de Nova Friburgo/RJ, beneficiado com recursos federais transferidos mediante contrato de repasse, constatou que o Contrato n.º 098/2008 – cujo objeto era a execução das obras de canalização do Rio Bengalas, galeria e adequação da microdrenagem nos bairros Prado e Santo André, no Distrito de Conselheiro Paulino – tinha, à época da fiscalização, apenas 25% de execução. Sobre o achado de auditoria referente à antecipação de pagamento no âmbito do aludido contrato, relativo ao item *"superestrutura ponte/viaduto"*, cuja execução ainda não havia sido iniciada, o relator afirmou que a questão fora posteriormente regularizada, mediante glosa. Não obstante a correção da falha, ele considerou pertinente reforçar o entendimento de que a realização de pagamentos antecipados aos contratados somente poderá ocorrer com a conjunção dos seguintes requisitos: I) previsão no ato convocatório; II) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e III) estabelecimento de garantias específicas e suficientes, que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação. Considerando que tais requisitos não se fizeram presentes no caso examinado, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva à municipalidade. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.442/2003-1ª Câmara e 1.726/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 1341/2010-Plenário, TC-000.283/2010-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.06.2010***.

Aplicação dos limites legais ao conjunto de reduções e ao conjunto de acréscimos do objeto contratado, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles
Relatório de auditoria realizada no Ministério das Cidades, referente aos recursos federais transferidos ao Estado de Sergipe, mediante contrato de repasse – tendo como interveniente executor a Companhia de Saneamento de Sergipe (DESO) –, constatou que, no âmbito do Contrato n.º 74/2008, destinado à ampliação do sistema de esgotamento sanitário do Município de Aracaju, ocorreram alterações que ultrapassaram os limites legais. Em seu voto, o relator considerou oportuno determinar à DESO que, nas futuras licitações e contratos no âmbito do aludido contrato de repasse, se abstenha de extrapolar os percentuais previstos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.666/93, tendo em vista que o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites estabelecidos no referido dispositivo legal. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.981/2009 e 749/2010, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1338/2010-Plenário, TC-000.341/2010-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.06.2010***.

Exigência, na fase de habilitação, de termo de compromisso de fornecimento de asfalto, firmado pela licitante com a usina fornecedora
Restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declaração de terceiros detentores de usina, garantindo o fornecimento do asfalto necessário. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação que indicava possíveis irregularidades na Concorrência Pública n.º 3/2010, conduzida pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente e de Recursos Hídricos (Semarh/RN), cujo objeto era a contratação das obras civis do Sistema Adutor Santa Cruz de Apodi/Mossoró. Em seu voto, o relator constatou que a exigência editalícia não foi devidamente justificada, mostrando-se restritiva ao caráter competitivo do certame. *"Ainda que assim não fosse"*, destacou que o Tribunal tem considerado indevida a inclusão, no edital, de cláusula dessa natureza, por ser contrária aos arts. 3º, § 1º, I, e 30, § 6º, da Lei n.º 8.666/93. O relator ressaltou, ainda, que, frente ao objeto licitado, o fornecimento de asfalto é considerado de pouca monta, sendo, pois, indevida tal exigência para fim de qualificação técnica, conforme jurisprudência do TCU. Tendo em vista a informação de que o certame já se encontrava na fase de julgamento das propostas, o relator reputou mais adequado o Tribunal fixar prazo para a Semarh/RN adotar as medidas cabíveis com vistas à anulação da Concorrência Pública n.º 3/2010, sem prejuízo de expedir-lhe determinação corretiva para futuras licitações envolvendo a aplicação de recursos federais. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 648/2004, 1.578/2005, 697/2006, 1.771/2007, 2.656/2007, 800/2008, 2.150/2008 e 1.495/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1339/2010-Plenário, TC-010.710/2010-8, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.06.2010***.

Licitação para execução de obras custeadas com recursos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte

Nos termos do art. 42, § 5º, da Lei n.º 8.666/93, para realização de obras custeadas com recursos provenientes de financiamento ou doação, oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, podem ser admitidos, na respectiva licitação, normas e procedimentos daquelas entidades, desde que sejam por elas exigidos para obtenção do financiamento ou doação, não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar relatório de levantamento de auditoria referente aos recursos alocados à *"Implantação do Sistema Adutor Alto Oeste no Estado do Rio Grande do Norte – Proágua Nacional"*. A equipe de auditoria identificou os seguintes indícios de irregularidade: a) ausência de critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global, e de critérios de reajustamento de preços no edital da Licitação Competitiva Internacional n.º 1/2008; b) prática de sobrepreço, em ofensa aos arts. 40, X e XI, e 55, III, da Lei n.º 8.666/93; c) previsão, no Contrato n.º 1/2009, de pagamento adiantado à executora, em descumprimento ao art. 38 do Decreto n.º 93.872/1986. Em suas razões de justificativa, a Secretaria de Recursos Hídricos do Governo do Estado do Rio Grande do Norte (Semarh/RN) alegou que as obras em questão, por contarem com financiamento do Banco Interamericano de Recuperação e Desenvolvimento (BIRD), sujeitam-se a regras e diretrizes estabelecidas por esta instituição. Em seu voto, o relator destacou, todavia, que a questão da aplicabilidade das regras do BIRD já foi reiteradamente examinada pelo TCU, adotando-se, de maneira uniforme, o posicionamento de que a observância das normas e procedimentos do BIRD e do Banco Mundial não afasta a aplicação da legislação nacional no que não for com ela conflitante, sempre se observando o princípio do julgamento objetivo. E tal princípio, acrescentou, não compreende apenas a comparação das propostas formuladas pelos diversos licitantes e a seleção da considerada mais vantajosa, mas também o exame da adequabilidade interna dessas propostas. Portanto, se a Lei de Diretrizes Orçamentárias *"estabelece um parâmetro objetivo de aceitabilidade de preços, que é a observância das medianas de preço do Sinapi, o órgão executor do empreendimento só poderia deixar de observá-lo mediante despacho fundamentado"*. No caso em tela, a ausência de critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global no edital, *"longe de significar mera falha formal, prejudicou a perfeita avaliação da compatibilidade dos preços apresentados pela empresa vencedora da licitação com os de mercado, ocasionando o sobrepreço na assinatura do contrato"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de determinar à Semarh/RN a adoção das providências necessárias à repactuação do Contrato n.º 1/2009, bem como, *"ao realizar obras financiadas ou garantidas com recursos públicos federais, na condição de mutuário de empréstimo obtido junto a organismo financeiro multilateral de que o Brasil faça parte, insira nos editais de licitação cláusulas que prevejam"*: divulgação prévia dos orçamentos-base para os licitantes, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários; critérios de reajuste contratual; vedação ao adiantamento de pagamentos; critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global; interposição de recursos, pelos licitantes, contra os atos da Administração; vedação do *"estabelecimento de preços acima dos praticados pela mediana do Sistema Sinapi"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 714/2004, 2.239/2007, 2.690/2008 e 1.312/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1347/2010-Plenário, TC-010.801/2009-9, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.06.2010***.

Licitação para prestação de serviços de engenharia: 1 - Exigência de qualificação técnica, referente à apresentação de certificado de acervo técnico, restritiva ao caráter competitivo da licitação

O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando a suspensão da Concorrência n.º 2/SRPV-SP/2010, promovida pelo Serviço Nacional de Proteção ao Voo de São Paulo (SRPV/SP), até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas em processo de representação. O certame tem por objeto a contratação de empresa de engenharia para execução de serviços referentes à revitalização e reestruturação da alimentação elétrica do Sistema ILS (**Instrument Landing System**) e das subestações remotas das pistas de pouso e decolagem do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro. Com relação à exigência aos licitantes, para fim de qualificação técnica, da apresentação de certificado de acervo técnico (CAT) referente a serviços de engenharia em Sistemas ILS, o relator anuiu à conclusão da unidade técnica, no sentido de que as justificativas apresentadas pelo SRPV/SP não lograram caracterizar sua imprescindibilidade. Consoante demonstrado pelo órgão instrutivo, o objeto da licitação *"poderia ser realizado por qualquer empresa especializada em serviços de engenharia, não se sustentando, em princípio, o requisito de habilitação em tela"*. Segundo o relator, tal exigência pode ter acarretado restrição ao caráter competitivo do certame, revelando-se, pois, suficiente para a caracterização do **fumus boni iuris**. Outro

aspecto fulcral referente ao caso em tela era a informação de que a abertura das propostas estaria prestes a ocorrer, fato que, conjugado com o indício de sobrepreço aduzido pela unidade técnica, revelava considerável risco ao erário, caracterizando, para o relator, o **periculum in mora**. O Plenário referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-012.670/2010-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.06.2010***.

Licitação para prestação de serviços de engenharia: 2 - Uso da modalidade concorrência em detrimento do pregão

Outro indício de irregularidade envolvendo a Concorrência n.º 2/SRPV-SP/2010, realizada pelo Serviço Nacional de Proteção ao Voo de São Paulo (SRPV/SP), destinada à contratação de empresa de engenharia para execução de serviços referentes à revitalização e reestruturação da alimentação elétrica do Sistema ILS (**Instrument Landing System**) e das subestações remotas das pistas de pouso e decolagem do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, foi a *"escolha indevida da concorrência como modalidade licitatória, uma vez que o objeto da disputa constituiria serviço comum de engenharia"*. Em seu despacho, o relator aduziu que o objeto do certame parecia-lhe, **prima facie**, referir-se a serviços comuns de engenharia, razão pela qual deveria a modalidade licitatória ser o pregão, nos termos do art. 4º do Decreto n.º 5.450/2005. Ainda sobre o tema, fez alusão ao teor da novel Súmula/TCU n.º 257, em que restou fixado o entendimento de que, nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. O Plenário referendou a decisão do relator de, cautelarmente, determinar a suspensão da licitação. ***Decisão monocrática no TC-012.670/2010-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.06.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Contratação, por inexigibilidade de licitação, para prestação de serviços de capacitação de professores

Em razão de irregularidades na gestão dos recursos do então Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), perpetradas no Município de Belo Campo/BA, foi instaurada tomada de contas especial decorrente da conversão de processo de representação. Entre as irregularidades apuradas, mereceram destaque a contratação indevida da empresa Interativa Instituto de Ensino Superior, por inexigibilidade de licitação, e o superfaturamento de serviços de capacitação de professores. O relator considerou que as justificativas apresentadas pelos responsáveis, no sentido de que agiram de acordo com o disposto no art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93, não foram suficientes para afastar a irregularidade na contratação por inexigibilidade de licitação. Ressaltou, também, o entendimento da unidade técnica, segundo o qual *"os documentos apresentados – meros diplomas de licenciatura em História, Ciências e Matemática, Pedagogia, Letras e pós-graduação em Administração e Planejamento para Docentes – não são hábeis para comprovar a notória especialização da empresa contratada, mormente se considerarmos que esta começou suas atividades no mesmo dia em que se iniciou o processo de inexigibilidade de licitação"*. O relator acrescentou, ainda, que, para se caracterizar a hipótese de inexigibilidade do citado dispositivo, seria necessário que se estivesse diante de uma situação que demandasse notória especialização, *"devendo se tratar de serviço inédito ou incomum"*, o que, para ele, não ocorreu no presente caso, uma vez que o objetivo era a contratação de *"cursos de autoestima e relações interpessoais e aceleração"*, voltados para professores do ensino fundamental. Por essa irregularidade, o relator propôs fosse aplicada multa aos responsáveis, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 3340/2010-1ª Câmara, TC-012.103/2002-7, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 08.06.2010***.

Aquisição de veículo de luxo, em afronta aos princípios da economicidade e da legalidade

No âmbito da prestação de contas do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Administração Regional no Estado do Mato Grosso (Senar/MT), referente ao exercício de 2004, foram suscitadas irregularidades referentes à aquisição do veículo Pajero Sport/HPE 4x4, ano 2004, modelo 2005. No que concerne à aquisição de modelo demasiadamente sofisticado, sem justificativa de necessidade e adequação às características exigidas, infringindo os princípios constitucionais da proporcionalidade e da economicidade, o relator ressaltou que o veículo custou aos cofres do Senar/MT R$ 146.500,00, quando havia outros modelos no mercado que poderiam atender, pela metade do preço, aos requisitos de conforto e segurança exigidos. Além disso, a Lei n.º 1.081/1950 proíbe a aquisição de veículos de luxo, *"exceto em relação aos destinados aos Presidentes da República, do Senado, da Câmara e do Supremo Tribunal Federal, e a Ministros de*

Estado”. Quanto ao direcionamento da licitação e à inobservância do número mínimo de licitantes convidados, o relator concordou com a unidade técnica, para a qual a descrição das características mínimas do veículo a ser adquirido continha exigências praticamente idênticas às especificações constantes da resposta da **Tauro Motors** à cotação de preços realizada pelo Senar/MT. Dessa forma, não poderia prosperar a justificativa de que não havia, no mercado, mais de três empresas que pudessem fornecer o veículo nas características desejadas, porquanto *“tal restrição foi criada, irregularmente, pela própria entidade”*. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu pela aplicação de multa aos responsáveis. Precedente citado: Acórdão n.º 2.501/2007-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 3341/2010-1ª Câmara, TC-012.829/2005-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 08.06.2010***.

Exigência, em licitação para fornecimento de passagens aéreas, de percentual mínimo de desconto em relação ao preço de referência

Representação formulada ao TCU apontou possíveis exigências indevidas no edital do Pregão Presencial n.º 24/2009, cujo objeto era a contratação de empresa especializada para fornecimento de passagens aéreas ao Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (TRT 14ª RO/AC). A representante questionou a validade do subitem 1.2 do Anexo I do edital, que *“exige, sob pena de desclassificação, que não seja ofertado lance inferior ao percentual de desconto referencial, 6%”*. Alegou que o percentual estabelecido extrapolava a discricionariedade do administrador público, e que o limite mínimo de 6% de desconto inviabilizava a participação no certame, por ser inferior a este patamar o resultado auferido pelas agências de viagem, após descontados os custos operacionais e tributários incidentes sobre o valor médio das comissões pagas pelas companhias aéreas. Ao analisar os argumentos da representante, a unidade técnica entendeu não haver *“qualquer motivo que fundamente a desclassificação de uma empresa apenas pelo fato de não apresentar desconto no percentual de 6%, pois não foram levados em consideração custos operacionais e tributários relacionados à operação, bem como não há memória de cálculo que sustente o percentual fixado pelo TRT 14ª RO/AC”*. Lembrou, ainda, que o TCU já firmou entendimento no sentido de ser legal a inclusão, em editais para fornecimento de passagens, de critério de julgamento baseado no maior desconto oferecido pelas agências de viagens (Decisão n.º 592/94, ratificada pela Decisão n.º 205/95, ambas do Plenário). Tendo sido informada de que a licitação fora deserta e de que, atendendo recomendação de seu órgão de controle interno, aquele tribunal elaboraria novo edital, excluindo a exigência de percentual mínimo de desconto, a unidade técnica propôs a procedência da representação, com a consequente expedição de determinação corretiva ao TRT 14ª RO/AC. Para o relator, no caso em questão, o estabelecimento de percentual mínimo de desconto *“equivale a fixar um preço máximo em relação ao preço de referência da passagem aérea”*, possibilidade admitida pela Lei n.º 8.666/93, em seu art. 40, X. Contudo, *“ao que parece, o percentual mínimo de desconto foi estabelecido em patamar elevado para a situação do mercado, sendo essa, possivelmente, uma das razões para ter ocorrido uma licitação deserta”*. Assim sendo, *“o próprio órgão reconheceu a impropriedade do percentual fixado e informou à unidade técnica que não irá incluir tal exigência no novo edital”*. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 3344/2010-1ª Câmara, TC-029.868/2009-2, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 08.06.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Cessão de uso sem prévia licitação

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades cometidas por administradores da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL), na celebração de convênio com a Santa Casa de Misericórdia de Pelotas, o qual teria permitido, sem o devido procedimento licitatório, o uso de instalações da universidade em favor da exploração, pela convenente, de serviços a serem prestados à comunidade na área de terapia renal substitutiva (hemodiálise). As seguintes irregularidades foram objeto de audiência dos responsáveis: 1ª) *“Ausência de procedimento licitatório prévio, considerando que o encargo da Universidade de cessão de área física para instalação e funcionamento do serviço de hemodiálise, estabelecido na cláusula primeira do termo, caracteriza cessão do direito real de uso de área física da Universidade, que, por constituir bem público de uso especial, não pode prescindir, para a regularidade de sua outorga, da licitação, conforme o art. 2º da Lei 8.666/93. Além disso, configura desobediência à Lei nº 9.636/1998, que dispõe sobre a alienação de bens imóveis da União, segundo a qual a cessão deverá ser autorizada pela autoridade legitimada, deverá ser formalizada mediante termo ou contrato no qual estejam expressas as condições estabelecidas, incluindo finalidade e prazo (§ 3º do art. 18), e deverão ser observados os procedimentos*

licitatórios quando houver condições de competitividade (§5º do art. 18)”; e 2ª) *“Enriquecimento indevido de entidade privada, sem o devido ressarcimento à Universidade, decorrente do uso da área cedida à Santa Casa e correspondente ao acréscimo do faturamento líquido da mesma na prestação de serviços de hemodiálise, sem a necessidade do ressarcimento dos custos do investimento realizado pela Ufpel e da manutenção do prédio, configurando desobediência aos princípios da moralidade e da impessoalidade”*. Segundo o relator, restou incontroverso que a cessão do espaço para a Santa Casa não é evento de curta duração nem é de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, e tampouco decorreu de ato assinado por Secretário de Patrimônio, razão por que não se enquadraria nas hipóteses de ‘permissão de uso’, previstas no art. 22 da Lei 9.636/98, conforme sustentado pelos responsáveis. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu aplicar-lhes multa, sem prejuízo de determinar à UFPEL e ao Hospital Escola da UFPEL que: I) *“procedam [...] a rescisão da relação convenial indevida com a Santa Casa para exploração do espaço de hemodiálise, tomando as medidas necessárias e suficientes para proteger os pacientes que utilizam os serviços, sob pena de multa em caso de descumprimento”*; II) *“utilizem os meios legais para a implantação do serviço de hemodiálise, com a devida análise das instâncias da Universidade [...], observando, no caso de não implantar serviço próprio, que deverá ser considerado concessão onerosa, sendo necessário o ressarcimento à UFPEL da utilização de estrutura e equipamentos públicos por entidades privadas, bem como da amortização do investimento realizado na implantação do serviço”*; e III) *“adotem as medidas administrativas pertinentes para obter o ressarcimento, por parte da Santa Casa de Misericórdia, pela utilização do espaço do serviço de hemodiálise, considerando todos os custos diretos e indiretos nos quais incorre a Universidade, incluindo a amortização dos investimentos realizados na implantação do serviço, as despesas de depreciação e as despesas operacionais, a exemplo do consumo de água e energia elétrica”*. ***Acórdão n.º 2896/2010-2ª Câmara, TC-014.813/2008-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 08.06.2010***.

NOVA SÚMULA

Súmula n.º 258
As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes, e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou de unidades genéricas.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 15 e 16 de junho de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Diferenciação entre o BDI de fornecimento de materiais e o dos serviços de engenharia
Na impossibilidade técnica e econômica, devidamente justificada, de o contratante parcelar o objeto da contratação em licitações autônomas, e sendo o fornecimento de materiais e equipamentos de grande materialidade, faz-se necessária a diferenciação entre o BDI de fornecimento de materiais e o dos serviços de engenharia, para enquadrar o primeiro em patamares geralmente aceitos pelo Tribunal. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar pedido de reexame interposto contra as seguintes determinações insertas no Acórdão n.º 2.875/2008-Plenário: *"9.12. determinar à Empresa Maranhense de Administração Portuária - Emap, no que tange à execução do Contrato 80/2006 – Emap [...], que adote as providências necessárias com vistas a efetuar sua repactuação junto à empresa Serveng-Civilsan S.A. Empresas Associadas de Engenharia de modo a: [...] 9.12.3. prever BDI diferenciado para os equipamentos complementares do cais [...], de forma a adotar, exclusivamente para esses equipamentos, percentuais aceitáveis e compatíveis com o empreendimento, observando-se os parâmetros usualmente admitidos pela jurisprudência do TCU, a qual indica a aceitação de percentual máximo de 10% para a simples aquisição/intermediação perante terceiros, cabendo à própria Emap verificar, junto à empresa Serveng-Civilsan, a necessidade de restrição desse percentual a apenas itens fornecidos por terceiros, caso se constate que os serviços inerentes à montagem ou instalação, indicados na composição do custo unitário,*

estejam a cargo da própria empresa [...]; 9.12.4. excluir da base de cálculo, sobre a qual incidirá o BDI geral do contrato, o montante dos custos associados aos equipamentos complementares do cais, visto que sobre estes deverá incidir BDI específico, em cumprimento ao subitem 9.12.3 retro;”. Em seu voto, o relator destacou que a aplicação indiscriminada e de forma linear de percentual geral de BDI sobre todos os itens da planilha de preços anexa aos contratos relacionados ao empreendimento, mesmo sobre aqueles itens significativos, em que a contratada atua como mera intermediadora no fornecimento de equipamentos por terceiros e para os quais é tecnicamente inviável a realização de licitação separada, termina por onerar excessivamente a equação econômico-financeira, em desfavor da administração pública. A corroborar o seu entendimento, o relator ressaltou a recém-editada Súmula de Jurisprudência n.º 253, que assim dispõe: *“Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos, de natureza específica, que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas, e que representem percentual significativo do preço global da obra, devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas (BDI) reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.”*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu negar provimento ao recurso. Precedente citado: Acórdão n.º 2.158/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 1368/2010-Plenário, TC-024.699/2009-5, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 16.06.2010***.

Caráter vinculante do parecer da assessoria jurídica

Em razão de diversas irregularidades constatadas nos procedimentos relativos à Concorrência n.º 1/2001, promovida no âmbito da Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas, destinada à revitalização do Porto de Manaus, *“delegado mediante o Convênio n.º 7/1997, do Ministério dos Transportes”*, o Tribunal aplicou multa aos responsáveis, por meio do Acórdão n.º 371/2006-Plenário. Em sede de recurso, eles aduziram, entre outros argumentos, que a minuta do edital fora aprovada pela Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas. Em seu voto, ao anuir à manifestação da unidade técnica, o relator afirmou que a aprovação da minuta pelo órgão de assessoramento jurídico não tem o condão de vincular a administração, haja vista o entendimento do TCU no Acórdão n.º 364/2003-Plenário, no sentido de que *“o parecer é opinativo e não vincula o administrador. Este tem o comando da empresa e assume a responsabilidade de sua gestão. Se se entendesse de forma diversa, estar-se-ia considerando que o parecer jurídico é um alvará para o cometimento de ilícitos, o que constitui um absurdo. O dirigente de uma companhia possui o comando da máquina administrativa e deve estar ciente de todas as decisões que adota, independentemente da natureza delas. O administrador público não é simplesmente uma figura decorativa na estrutura da empresa. Ao contrário, deve ter uma postura ativa no comando da empresa. Com mais razão, nas licitações, os gestores devem ser ainda mais cuidadosos, vez que estas envolvem princípios fundamentais da administração pública, tais como: legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade, controle, coordenação, planejamento, isonomia, proposta mais vantajosa, dentre outros.”*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu negar provimento aos recursos interpostos pelos responsáveis. ***Acórdão n.º 1379/2010-Plenário, TC-007.582/2002-1, rel. Min. Augusto Nardes, 16.06.2010***.

Exigência, para fim de qualificação técnico-operacional, da comprovação de experiência em percentual superior a cinquenta por cento dos quantitativos a executar

Relatório de levantamento de auditoria nas obras de reforma do edifício sede do Ministério das Comunicações identificou, quanto ao Pregão Eletrônico n.º 22/2008-MC, possível excesso de exigências referentes à necessidade de comprovação de capacidade técnico-profissional em edificações com mínimo de nove pavimentos, e de capacidade técnico-operacional em edificações com mínimo de nove pavimentos em área tombada pelo patrimônio histórico nacional. Em seu voto, o relator afirmou não ter dúvidas quanto à ausência de razoabilidade das referidas exigências. Primeiro, porque as alegações e documentos juntados aos autos pelos responsáveis foram incapazes de justificar a tese de que obras em construções tombadas pelo patrimônio histórico somente devem ser empreendidas por empresas que já tenham tal experiência. Segundo, porque o normativo mencionado pelos responsáveis – Norma Regulamentadora n.º 18, do Ministério do Trabalho, que trata das ‘Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção’ – não exige que a empresa executora da obra tenha prévia experiência em edifício com o mesmo número de andares ou qualquer outra qualificação nesse sentido, e sim que tenha condições de realizar obras em construções verticais. O relator fez alusão, ainda, ao Acórdão n.º 2.215/2008-Plenário, em que restou consignada determinação limitando *“as exigências de capacidade técnico-operacional aos mínimos necessários que garantam a qualificação técnica das empresas para a execução de cada contrato do empreendimento, devendo [a unidade jurisdicionada] abster-se de estabelecer exigências excessivas, que possam restringir*

indevidamente a competitividade dos certames, a exemplo da comprovação de experiência em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar”. Ao final, o relator propôs a aplicação de multa aos responsáveis, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007 e 2.215/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1390/2010-Plenário, TC-011.155/2009-6, rel. Min. Aroldo Cedraz, 16.06.2010***.

Exigência, para fim de habilitação, de vínculo empregatício entre licitantes e profissionais responsáveis técnicos pela prestação do serviço
A exigência de vínculo empregatício entre licitantes e profissionais responsáveis técnicos pela prestação do serviço *“exorbita das normas aplicáveis e prejudica o caráter competitivo do certame”*. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação formulada ao TCU apontando possíveis irregularidades na Concorrência n.º 021/2009, realizada pela Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), cujo objeto era a contratação de empresa para construção de sistema de proteção contra incêndios. Em sede de cautelar, o relator havia determinado que a Ceagesp se abstivesse de dar continuidade ao certame até que o TCU se pronunciasse sobre a *“exigência de vínculo empregatício entre a empresa licitante e o profissional responsável técnico pelo serviço a ser contratado”*, bem como que fosse promovida a oitiva dos responsáveis. Em seu voto, o relator rejeitou os argumentos apresentados pela Ceagesp em resposta à oitiva, tendo em vista que, se há autores que *“defendem o entendimento esposado pela Ceagesp, há também os que o rejeitam, a exemplo do respeitado jurista Marçal Justen Filho”*, que, em seu livro intitulado “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, assim se manifesta: *“Não se pode conceber que as empresas sejam obrigadas a contratar, sob vínculo empregatício, alguns profissionais apenas para participar da licitação. A interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configura como uma modalidade de distorção: o fundamental, para a administração pública, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião da execução do futuro contrato. É inútil, para ela, que os licitantes mantenham profissionais de alta qualificação empregados apenas para participar da licitação. É suficiente, então, a existência de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum. Aliás, essa é a interpretação que se extrai do próprio art. 30, quando estabelece que as exigências acerca de pessoal qualificado devem reputar-se atendidas mediante mera declaração de disponibilidade apresentada pelo licitante. Como justificar entendimento diverso a propósito dos profissionais de maior experiência? Não se afigura existente alguma resposta satisfatória para tal indagação.”*. O relator considerou bastante relevante a preocupação demonstrada quanto à garantia da qualidade dos serviços dos profissionais encarregados da obra e ao esforço que irão dedicar a esta, diante da importância e da complexidade dos serviços requeridos. Concordou que medidas que inibam condutas danosas à administração pública devem ser cuidadosamente adotadas, dissentindo apenas do *“remédio escolhido”*. Para ele, negligenciar a contratação de profissionais qualificados a executarem as obrigações assumidas deve ser conduta evitada por meio da especificação, em edital, da qualificação e do nível de dedicação requeridos para a execução dos serviços a serem contratados. O relator chamou, ainda, a atenção para o fato de que o simples vínculo empregatício com a empresa contratada não garante que o responsável técnico pela obra irá acompanhá-la *“ininterruptamente”*, como pretende a Ceagesp. Se, por exemplo, não lhe for atribuída esta tarefa, *“isso certamente não ocorrerá”*. E o risco da prestação inadequada do serviço *“também existe se não houver adequada fiscalização”*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva à Ceagesp, para futuras licitações, bem como determinar à entidade que, *“no prazo de 15 (quinze) dias, comprove perante este Tribunal que tomou as medidas necessárias à anulação da Concorrência n.º 021/2009, e ainda dos atos dela decorrentes”*. ***Acórdão n.º 1393/2010-Plenário, TC-010.549/2010-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.06.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Contratação no âmbito dos serviços sociais autônomos: 1 - Observância dos princípios da licitação constantes do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal
Conquanto os serviços sociais autônomos não se sujeitem às mesmas normas que regem a administração pública, também devem respeitar os princípios constitucionais a ela aplicáveis, entre os quais os da licitação, insculpidos no art. 37, XXI, da Constituição Federal, por ostentarem capacidade tributária ativa e gozarem de privilégios próprios dos entes públicos. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar recurso de reconsideração interposto pelo Serviço Social do Comércio/Administração Regional do Acre (SESC/AC)

contra a seguinte determinação que lhe foi expedida por meio do Acórdão n.º 2.210/2009-1ª Câmara: *"adote providências para o exato cumprimento do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, abstendo-se de incluir, em suas licitações, exigências que contrariem os princípios da isonomia, da legalidade, da competitividade, da proporcionalidade e da razoabilidade, a exemplo de requisitos de qualificação técnica similares ao estabelecido no subitem 10.9.3.1 do Edital do Pregão 33/2008 ou daqueles constantes do subitem 15.9 do Edital desse certame, que exigiam que a contratada entregasse os produtos com prazo de validade mínima de 6 (seis) meses, contados a partir da data de sua entrega, mesmo se sabendo que grande parte dos itens licitados diz respeito a alimentos perecíveis;"*. Em sua peça recursal, o SESC/AC aduziu que as licitações e contratos dos serviços sociais autônomos são disciplinados por regulamentos próprios, cabendo-lhes observar tão somente os princípios insertos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Estariam, portanto, *"fora da órbita de sua regência, as diretrizes estabelecidas no inciso XXI do respectivo mandamento constitucional"*. De acordo com o relator, *"os princípios reitores da Administração Pública, a que se acham jungidos os regulamentos próprios do sistema 'S', albergam, não só, as diretrizes estabelecidas no caput do art. 37 da Lei maior, como também aquelas ínsitas às licitações públicas, estampadas no inciso XXI do aludido comando constitucional"*. Para o relator, a isonomia decorre de norma principiológica da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, cuja explicitação, no campo das licitações públicas, é de observância obrigatória, não só pela administração pública, como também por entes de colaboração, tais como as entidades do Sistema "S". De igual forma, os princípios da competitividade, da proporcionalidade e da razoabilidade *"são corolários diretos das diretrizes maiores da Administração Pública, insertas no caput do mencionado dispositivo constitucional"*. O relator enfatizou, ainda, que o cumprimento dessas diretrizes específicas das licitações não tem o condão de causar qualquer embaraço burocrático às entidades integrantes do Sistema 'S', tampouco as circunscreve às regras detalhadas da Lei n.º 8.666/93. No caso concreto, a desobediência a esses preceitos fez com que o SESC/AC *"exigisse condições desarrazoadas para fornecimento de produtos no Pregão nº 33/08, alijando do processo licitatório potenciais interessados"*, a exemplo da entrega de produtos com prazo de validade mínima de seis meses, contados a partir da data de sua entrega, *"mesmo ciente do fato de grande parte dos itens licitados abrangerem alimentos perecíveis"*. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu negar provimento ao recurso. ***Acórdão n.º 3493/2010-1ª Câmara, TC-019.680/2009-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 15.06.2010***.

Contratação no âmbito dos serviços sociais autônomos: 2 - Obrigatoriedade de utilização do sistema de registro de preços quando presentes as condições para a sua adoção

Tendo em conta o princípio da eficiência da administração pública, insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, é poder-dever do Serviço Social do Comércio a utilização do sistema de registro de preços quando estiverem presentes as condições para a sua implantação. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar recurso de reconsideração interposto pelo Serviço Social do Comércio/Administração Regional do Acre (SESC/AC) contra a seguinte determinação que lhe foi expedida mediante o Acórdão n.º 2.210/2009-1ª Câmara: *"passe a adotar, quando da necessidade de aquisição de bens e serviços de forma frequente, como ocorre em relação à reposição de estoques de gêneros alimentícios não perecíveis e perecíveis, o Sistema de Registro de Preços, conforme previsto no art. 33, inciso II, da Resolução 1102/2006, que aprovou o Regulamento de Licitações e Contratos do Serviço Social do Comércio, de forma a obter preços mais vantajosos para a administração."*. Em sua instrução, a unidade técnica propôs o provimento parcial do recurso, a fim de converter, em recomendação, a determinação formulada ao SESC/AC, no sentido de utilizar o sistema de registro de preços para aquisição de bens e serviços contratados de forma frequente. Em seu voto, o relator destacou que a tese perfilhada pelo recorrente, no sentido de o regulamento do SESC não impor a obrigatoriedade de utilização do registro de preços, mesmo quando presentes as condições para a adoção do referido sistema, assenta-se, basicamente, numa interpretação estrita e literal do art. 33 do Regulamento de Licitações e Contratos do SESC (Resolução n.º 1.102/2006), que assim dispõe: *"Art. 33. O registro de preços, sempre precedido de concorrência ou de pregão,* ***poderá*** *ser utilizado nas seguintes hipóteses [...]."* Para o relator, tal exegese limitativa contraria, além da finalidade da própria norma interna do Serviço Social do Comércio, o princípio da eficiência contido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. *"Fere o sentido teleológico da referida norma interna, além de contrariar o senso comum do administrador médio"*, dispensar a utilização de um sistema de aquisição de bens e serviços que se revela mais econômico e eficiente para o Sistema "S", quando presentes os requisitos estabelecidos nos incisos I a III do art. 33 da Resolução Sesc n.º 1.102/2006. Segundo o relator, a melhor interpretação que se pode emprestar ao sentido da palavra "poderá", inscrita no *caput* do art. 33 do referido

regulamento, é a de '**poder-dever**', de sorte a harmonizar a finalidade da norma com os parâmetros diretores da administração pública, a reclamar uma atuação cada vez mais eficiente dos entes de colaboração. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu negar provimento ao recurso. Precedente citado: Acórdão n.º 324/2009-Plenário. ***Acórdão n.º 3493/2010-1ª Câmara, TC-019.680/2009-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 15.06.2010***.

Anulação do ato que classifica proposta em desacordo com exigências editalícias

Representação formulada ao TCU indicou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 2052/2009, conduzido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), Regional Belém/PA, destinado à contratação de empresa para prestação de serviços de limpeza, jardinagem e copeiragem. Para a representante, a vencedora da licitação deveria ter sido desclassificada, uma vez que *"cotou incorretamente valores relativos aos itens Seguro Acidente de Trabalho/SAT/INSS e Vale Transporte, deixando com isso de cumprir requisitos estabelecidos no edital do certame, pois: 1) utilizou o percentual de 2% (dois por cento) para todas as categorias do certame, quando deveria ter utilizado o percentual de 3% (três por cento), em decorrência da natureza de sua atividade principal; 2) o item 2.2.3.1-d do Anexo I do edital determina que serventes, jardineiro e encarregado participarão da limpeza aos sábados. Ao considerar somente vinte e dois dias de serviço por mês para as categorias de servente, jardineiro e encarregado, os preços por ela propostos para o item Vale Transporte desconsideraram quatro dias adicionais por mês, referentes aos sábados e, com isso, os custos desse item resultaram menores que o correto."*. Em seu voto, o relator afirmou assistir razão à representante, estando, de fato, a proposta da vencedora em desacordo com os requisitos contidos no edital. Restou evidente a quebra de isonomia, pois *"as demais licitantes adotaram, em suas planilhas, o percentual específico de risco com acidente de trabalho previsto no Anexo V do Regulamento da Previdência Social, e usaram o parâmetro de vinte e seis dias para concessão do vale transporte, ou seja, agiram estritamente de acordo com as normas do edital."*. Para o relator, em se tratando de irregularidade que importa afronta à lei ou a princípio do Direito Administrativo, não passível de convalidação, *"é dever da administração declarar a nulidade do ato viciado"*, à luz do art. 49 da Lei n.º 8.666/93 e da Súmula 473 do STF. Conforme o relator, a nulidade da licitação e do contrato *"não gera qualquer enriquecimento ilícito do Estado, por não implicar a devolução das quantias pagas nos casos em que o serviço era necessário e foi devidamente prestado sem qualquer indício de sobrepreço"*. A nulidade do contrato *"não implica, ainda, a interrupção dos serviços, uma vez que o órgão pode contratar emergencialmente a continuidade das prestações até a realização de novo certame livre dos vícios ora apontados"*. Assim sendo, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu julgar procedente a representação, determinando ao Serpro Regional Belém/PA *"a adoção das medidas necessárias à anulação do ato de classificação da proposta da empresa K. M. Serviços Gerais Ltda. no âmbito do Pregão Eletrônico nº 2052/2009, bem como dos demais atos subsequentes"*. ***Acórdão n.º 3496/2010-1ª Câmara, TC-025.684/2009-7, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 15.06.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Licitação para registro de preços: 1 - Faculdade quanto à fixação de preços máximos no edital

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 28/2010, realizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), destinado ao registro de preços de uniforme escolar para alunos das redes públicas estaduais e municipais de ensino. Entre as irregularidades suscitadas, constava a *"omissão do preço unitário máximo no edital de licitação"*. A unidade técnica concluiu ter ocorrido, de fato, inobservância do Decreto n.º 3.931/2001, o qual *"dispõe expressamente que o edital contemplará o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar (art. 9º, III)"*. Entretanto, segundo a unidade instrutiva, *"não há indícios, no caso em tela, de que a omissão do preço unitário tenha prejudicado os licitantes. A alegação do FNDE de que o sistema Comprasnet informa ao licitante se o preço ofertado está acima do valor de referência foi confirmada por esta Unidade Técnica [...]. Uma vez que cada item do objeto da licitação constituiu um lote, conclui-se que os licitantes tiveram ciência da adequação, ou não, de suas propostas aos valores unitários estimados pela Administração e, no momento de enviá-las ao sistema, tiveram possibilidade de adequá-las. Portanto, a omissão do valor unitário máximo no edital não enseja a anulação do certame. Mostra-se pertinente, contudo, alertar o FNDE de que a ausência, no edital de licitações para registros de preços, do preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar configura violação ao art. 9º, III, do Decreto n.º 3.931/2001."*. Em seu voto, o relator

divergiu do entendimento de que o edital de licitação para registro de preços deve contemplar, obrigatoriamente, o preço máximo de cada lote do certame. Segundo ele, em que pese o art. 9º, III, do Decreto n.º 3.931/2001 definir que o edital contemplará, entre outros requisitos, o preço unitário máximo, a melhor interpretação do art. 40, X, da Lei n.º 8.666/93 é no sentido de que o referido dispositivo apenas faculta a fixação do preço máximo. E o Decreto n.º 3.931/2001, regulamentador da Lei n.º 8.666/93 quanto ao sistema de registro de preços, *"deve se ater às condições traçadas na lei que regulamenta, não podendo contrariar seu texto, tampouco inovar no ordenamento jurídico*". Para o relator, é recomendável fixar o teto máximo de aceitabilidade das propostas de preços, já que não traz qualquer prejuízo à licitação e propicia a todos os interessados o conhecimento antecipado do limite máximo que a administração, em tese, pretende pagar. Assim sendo, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu recomendar ao FNDE que avalie, em futuras licitações, a conveniência de divulgar os preços máximos estimados para os bens ou serviços adquiridos. ***Acórdão n.º 3028/2010-2ª Câmara, TC-010.309/2010-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 15.06.2010***.

Licitação para registro de preços: 2 - Validade do registro não superior a um ano, incluindo-se nesse prazo eventuais prorrogações

Ainda quanto ao Pregão Eletrônico n.º 28/2010, promovido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), destinado ao registro de preços de uniforme escolar para alunos das redes públicas estaduais e municipais de ensino, a unidade técnica constatou que o item 10.1 do edital *"estabelece que a ata terá validade por doze meses, prorrogável na forma do art. 4º, § 2º, do Decreto n.º 3.931/2001, em afronta à jurisprudência desta Corte de Contas [...], segundo a qual a ata de registro de preços não pode ter validade superior a doze meses, incluindo eventuais prorrogações, em obediência ao artigo 15, § 3º, III, da Lei n.º 8.666/93"*. No caso, *"ante a contradição entre o item 10.1 do edital e a jurisprudência recente do Tribunal [...], o FNDE deverá ser alertado"* quanto à irregularidade. Tendo em vista que a medida proposta dizia respeito à observância da jurisprudência do Tribunal e da própria Lei de Licitações, o relator considerou mais efetivo endereçá-la ao FNDE por meio de determinação, e não mediante "alerta", conforme sugerido pela unidade técnica. Assim sendo, o relator propôs e o Plenário decidiu *"determinar ao FNDE que fixe em no máximo um ano a validade do registro de preços proveniente do Pregão Eletrônico n.º 28/2010, assim como a validade dos registros referentes às futuras licitações, incluindo-se nesse prazo eventuais prorrogações, em observância ao art. 15, § 3º, III, da Lei n.º 8.666/93, à jurisprudência desta Corte de Contas (Acórdãos n.º 2.140/2010 – 2ª Câmara e n.º 991/2009 – Plenário) e à Orientação Normativa n.º 19/2009 da Advocacia-Geral da União"*. ***Acórdão n.º 3028/2010-2ª Câmara, TC-010.309/2010-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 15.06.2010***.

Restrição à competitividade na adjudicação, por preço global, das obras de pavimentação e da construção de casas populares

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no âmbito do Município de Tanque D'Arca/AL, envolvendo a gestão de recursos federais transferidos pelo Ministério das Cidades mediante contrato de repasse, objetivando a implantação ou melhoria de obras de infraestrutura urbana na municipalidade. Foi suscitada *"restrição à competitividade no processo licitatório, alusivo à Tomada de Preços 004-TP/2005-CPL da Prefeitura de Tanque D'Arca/AL, pela não adjudicação por itens, em dois lotes distintos, um para obras de pavimentação e outro para construção de 80 (oitenta) casas populares, descumprindo o art. 3° da Lei 8.666/93 e os acórdãos do TCU com relação ao tema"*. Em seu voto, o relator destacou que, ao definir que a contratação seria por preço global, com a consequente adjudicação a uma única empresa, e incluir no edital a exigência de que somente poderia participar do certame empresa cujo capital social integralizado fosse igual ou superior a 10% do valor total da contratação, a prefeitura *"restringiu a possibilidade de que uma significativa quantidade de empresas de menor porte participasse do certame"*. E a evidência de que a adjudicação pelo preço global, aliada à exigência de capital social mínimo vinculado ao valor da contratação, restringiu a competitividade *"é que, não obstante o valor da licitação e a divulgação realizada (publicação no D.O.U. e no Diário Oficial do Estado de Alagoas), apenas três empresas apresentaram propostas. Numa delas, a empresa Lacerda Engenharia Ltda. ofertou preço com irrisória variação a menor em relação ao orçamento básico apresentado pela prefeitura. Além disso, com a inabilitação de outras empresas, não houve disputa de preços.*". Para o relator, embora o entendimento do TCU esteja pacificado no sentido da obrigatoriedade da realização de licitação por itens quando estes não forem partes indivisíveis de um mesmo serviço ou projeto e quando a divisão se mostrar economicamente vantajosa, havia, no caso concreto, *"a atenuante de não ter sido apontado, nos autos, que o descumprimento*

desse dispositivo tenha trazido qualquer prejuízo para o erário”. Entendeu, portanto, *“de demasiado rigor impor multa aos responsáveis”*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu expedir tão somente determinação corretiva à Prefeitura Municipal de Tanque D’Arca/AL, para futuras licitações realizadas com recursos federais. Precedentes citados: Acórdãos n.os 808/2003, 1.355/2004 e 2.521/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 3013/2010-2ª Câmara, TC-015.919/2009-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 15.06.2010***.

NOVA SÚMULA

Súmula n.º 259
Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 22 e 23 de junho de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Exigência, para fim de capacidade técnico-operacional, da comprovação de experiência em percentual superior a cinquenta por cento dos quantitativos a executar

Representação formulada ao TCU apontou os seguintes indícios de irregularidades no edital da Concorrência n.º 013/2007 – promovida pela Secretaria de Habitação e Desenvolvimento (SEHAB/TO) –, destinada à construção de 255 unidades habitacionais no Setor Taquari, em Palmas/TO: a) restrição indevida da competitividade da licitação, em razão da exigência de requisito de habilitação técnica *"relacionado à comprovação exagerada de número de unidades habitacionais necessárias à comprovação de capacidade"*, em afronta ao art. 37, XXI, da Constituição Federal; e b) classificação da empresa vencedora da licitação *"mesmo ante a apresentação de atestado de capacidade técnica incluindo, somente, a construção de 200 casas, contra 250 exigidas no certame licitatório, em desrespeito aos princípios da impessoalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da isonomia, bem como aos arts. 41, 43, inciso IV, 44, caput, e 45, caput, todos da Lei n.º 8.666/1993"*. No que concerne à exigência de exagerado quantitativo de unidades habitacionais anteriormente construídas, o relator considerou não ser este critério relevante para se aferir a capacidade técnica de execução do objeto, *"sobretudo porque os itens licitados não exigiam o domínio de técnica de engenharia complexa ou diferenciada"*. Frisou, ainda, que a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que as exigências de atestados de capacidade técnico-operacional devem se limitar *"aos mínimos que garantam a qualificação técnica das empresas para a execução do empreendimento"*, não se admitindo exigências excessivas, a exemplo da comprovação de experiência em percentual superior a cinquenta por cento dos quantitativos a executar. Quanto ao caso concreto, o relator salientou que a comissão de licitação, ao habilitar indevidamente a empresa contratada, beneficiou-a única e exclusivamente, em prejuízo de inúmeras empresas que não detinham essa qualificação. Para que houvesse tratamento isonômico e impessoal, *"seria imprescindível a divulgação de edital retificador da Concorrência nº 013/2007, conforme prevê o § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/1993"*. Não obstante a SEHAB/TO haver anulado o procedimento licitatório e rescindido o contrato dele decorrente, o relator considerou necessário, em face da gravidade das ocorrências relatadas, *"dar prosseguimento ao feito, a fim de que fossem apuradas responsabilidades, em toda a extensão possível, pelos ilícitos praticados"*. Após o exame das razões de justificativa apresentadas pelo presidente e pelos membros da comissão de licitação – responsáveis pela inclusão da cláusula restritiva no edital, posteriormente flexibilizada em favor da empresa vencedora do certame –, bem como pelo ex-Secretário Estadual de Infraestrutura – responsável pela homologação da licitação eivada de vícios –, o relator concluiu, em consonância com a unidade técnica, que *"os argumentos trazidos à colação não se mostraram suficientes para descaracterizar os peremptórios indícios de violação a dispositivos da Lei n.º 8.666/1993 e a princípios da Administração Pública"*, razão por que deveria ser-lhes aplicada multa. O Plenário acolheu o voto do relator, sem prejuízo de expedir determinação corretiva ao Governo do Estado do Tocantins, para futuras licitações envolvendo a aplicação de recursos federais. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007, 608/2008, 2.215/2008 e 2.147/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1432/2010-Plenário, TC-018.944/2008-0, rel. Min. Valmir Campelo, 23.06.2010***.

Irregularidades na composição do LDI (Lucro e Despesas Indiretas): 1 - Alíquotas do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) acima das efetivamente praticadas nos municípios onde as obras são realizadas

Relatório de levantamento de auditoria nas obras de adequação de trecho da Rodovia BR-101 no Estado da Paraíba, divisas PB/RN e PB/PE, detectou indícios de irregularidades comuns aos três estados. Entre os achados, a equipe identificou que *"os percentuais de LDI (Lucro e Despesas Indiretas) praticados pelas empresas consorciadas em cada um dos lotes contemplam alíquotas do ISSQN acima das efetivamente praticadas nos municípios onde estão sendo realizadas as obras"*. Em seu voto, o relator concordou com a instrução da unidade técnica, a qual considerou *"impossível aceitar a complexidade do empreendimento como justificativa para a violação de preceito que, em síntese, visa albergar o interesse público"*. O relator afirmou ser justificável a fixação de percentual de LDI próximo àquele realmente necessário à quitação do tributo, *"em face de eventual dificuldade (jamais impossibilidade) na fixação de um único percentual para aferição do ISSQN devido aos municípios atingidos pelo empreendimento"*. No caso concreto, não se mostrou *"plausível e legalmente aceitável"*, para o relator, o enriquecimento dos consórcios construtores advindo da incorporação, a título de lucro, das diferenças observadas entre o percentual contido nas

propostas vencedoras e os valores efetivamente recolhidos e/ou retidos a título de ISSQN. Assim sendo, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar às Superintendências do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) nos Estados da Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Norte que, no prazo de trinta dias, realizem *"levantamento minudente das diferenças observadas entre os valores repassados às empresas contratadas, a título de ISSQN, e os valores efetivamente retidos e repassados aos municípios atingidos pelo empreendimento, devendo o total apurado até a presente data ser objeto de desconto nas próximas medições dos respectivos contratos"*. ***Acórdão n.º 1443/2010-Plenário, TC-008.612/2007-8, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 23.06.2010***.

Irregularidades na composição do LDI (Lucro e Despesas Indiretas): 2 - Inclusão indevida dos tributos IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica) e CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido) e responsabilidade de membro de comissão de licitação

Outro achado de auditoria nas obras de adequação de trecho da Rodovia BR-101, no Estado da Paraíba, envolveu *"indícios de sobrepreço no LDI"* do Contrato n.º 253/2006-00. Ao examinar as justificativas dos membros da comissão de licitação ouvidos em audiência, o relator considerou procedentes seus argumentos quanto à ausência de responsabilidade por eventual sobrepreço, uma vez que *"não caberia à referida banca a atribuição de elaborar e aprovar os diversos dispositivos contidos no Edital n.º 102/2006, visto não ser essa uma dentre as atribuições inscritas nos arts. 6º, inciso XVI, e 51 da Lei n.º 8.666/93"*. Da mesma forma, a argumentação do ex Diretor-Geral do Dnit mostrou-se plausível no tocante à inclusão dos percentuais dos tributos IRPJ e CSLL no cômputo do LDI, tendo em vista que *"somente após ser exarado o Acórdão n.º 325/2007-P pacificou-se o entendimento de ser inadequada tal inclusão, quando da elaboração de orçamentos de obras rodoviárias"*. Em seu voto, o relator afirmou que as irregularidades observadas *"deverão ser saneadas por meio de aditivo contratual de realinhamento do LDI, podendo os valores pagos a maior serem compensados nas próximas medições, como forma de ressarcimento ao erário, visando afastar o enriquecimento sem causa dos contratados"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar à Superintendência do Dnit no Estado da Paraíba que, no prazo de trinta dias, promova assinatura de termo aditivo ao Contrato n.º 253/2006-00, visando afastar, entre outras, a seguinte irregularidade: *"inclusão indevida de parcela afeta a tributos personalíssimos e de responsabilidade das contratadas, quais sejam, Imposto de Renda (IR) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), como item componente do LDI, consoante entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas"*. ***Acórdão n.º 1443/2010-Plenário, TC-008.612/2007-8, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 23.06.2010***.

Comprovação das limitações do mercado ou do manifesto desinteresse dos convidados, para a não repetição do convite ante a ausência de três propostas válidas

Por meio do Acórdão n.º 2.416/2009-Plenário, foi aplicada multa aos membros da comissão permanente de licitação da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), motivada, entre outras irregularidades, pela ausência injustificada da repetição do Convite n.º 0.208.915.06-8, haja vista não terem sido apresentadas três propostas válidas. Ao apreciar embargos de declaração opostos contra o aludido acórdão, não obstante deixar assente que a conduta dos embargantes não deveria ser analisada isoladamente, *"visto que é prática contumaz da Petróleo Brasileiro S/A a ausência injustificada de repetição de procedimento licitatório na modalidade convite, mesmo quando não apresentadas três propostas válidas"*, o relator ponderou que o TCU, em situações semelhantes, tem relevado a aplicação de sanção pecuniária, limitando-se a determinar à Petrobras a adoção de *"medidas preventivas"*. Considerou, no entanto, importante salientar que o afastamento da aplicação de multa aos recorrentes *"não significa salvo conduto ou o acolhimento da tese de inaplicabilidade àquela empresa estatal do disposto no art. 22, §§ 3º e 7º, da Lei n.º 8.666/93 e do Enunciado n.º 248 da Súmula de Jurisprudência do TCU"*. Ao contrário, *"com base em aplicação analógica do código penal brasileiro, não caracteriza excludente de ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa a aplicação de regulamento autônomo da Petrobras, mesmo que os embargantes estejam cientes de flagrante afronta à Constituição e à Lei"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher os embargos para atribuir-lhes, excepcionalmente, efeitos infringentes, excluindo-se a sanção pecuniária imputada aos membros da comissão permanente de licitação. Além disso, deliberou o Pleno no sentido de *"alertar à Petrobras que, doravante, a repetição da desobediência ao disposto no art. 22, §§ 3º e 7º, da Lei nº 8.666/1993 e do Enunciado nº 248 da Súmula de Jurisprudência do TCU [...] poderá sujeitar os agentes infratores à sanção pecuniária prevista em lei, sejam esses agentes empregados executores de normas internas da empresa, eivadas de irregularidade, sejam esses dirigentes omissos no dever de promoverem a adequação de suas normas internas à Lei nº 8.666/1993 e às reiteradas deliberações desta Corte"*.

Precedentes citados: Decisão n.º 524/99-Plenário; Acórdãos n.os 101/2004, 256/2006, 1.501/2006, 1.732/2009 e 1.523/2010, todos do Plenário; Acórdão n.º 2.602/2003-1ª Câmara; Acórdãos n.os 56/2004 e 54/2006, ambos da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 1437/2010-Plenário, TC-015.685/2007-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 23.06.2010***.

Concorrência para prestação de serviços técnicos profissionais de elaboração de projetos: 1 - Exigência do detalhamento dos itens que compõem o BDI ou LDI, sob pena de desclassificação da proposta

Relatório de levantamento de auditoria no âmbito da Fundação Universidade de Brasília (FUB) apontou indícios de irregularidades na Concorrência n.º 223/2008, destinada à contratação de serviços técnicos profissionais para *"elaboração de estudos preliminares, projetos básicos e projetos executivos para reformas e novas edificações nos **campi** de Planaltina/DF, Gama/DF, Ceilândia/DF e Darcy Ribeiro"*. Ao apreciar as justificativas dos responsáveis para a desclassificação da menor proposta de preços – motivada pelo fato de o seu ofertante (empresa Progetto) não haver detalhado a composição do BDI –, a unidade técnica assinalou que "*este Tribunal tem efetuado determinações para que os órgãos e entidades responsáveis por procedimentos licitatórios exijam dos licitantes o detalhamento do BDI. [...] Examinando-se a proposta da Progetto, verifica-se que a empresa não apresentou os itens como exigidos no edital; a apresentação da composição do BDI deu-se apenas em 30/01/2009, ou seja, 10 dias após sua desclassificação. [...] Tendo em vista o exposto, propõe-se que as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis quanto ao presente aspecto sejam acatadas."*. Para o relator, as justificativas oferecidas ao TCU comprovaram a correção da desclassificação, *"já que, de fato, a empresa interessada não discriminou os itens de seu BDI, consoante preconizava o instrumento convocatório do certame"*. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 220/2007, 1.286/2007, 2.656/2007, 440/2008 e 2.207/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1426/2010-Plenário, TC-009.960/2009-2, rel. Min. Aroldo Cedraz, 23.06.2010***.

Concorrência para prestação de serviços técnicos profissionais de elaboração de projetos: 2 - Necessidade de oportunizar à licitante a comprovação da viabilidade do preço ofertado

Outro indício de irregularidade suscitado no âmbito da Concorrência n.º 223/2008, promovida pela Fundação Universidade de Brasília (FUB) para contratar serviços técnicos de elaboração de estudos preliminares e de projetos básicos e executivos de reformas e novas edificações, e que também justificou a audiência dos responsáveis, foi a eliminação possivelmente indevida efetuada, apesar da menor proposta de preços ofertada, sob a alegação de que a licitante teria apresentado cotação manifestamente inexequível. Em síntese, teria havido a desclassificação da empresa Progetto sem que se abrisse a oportunidade de comprovação da exequibilidade de sua proposta. Segundo a unidade técnica, a jurisprudência do TCU *"é no sentido de que os limites calculados com base no art. 48, inc. II, § 1º da Lei 8.666/93 não devem ser considerados sob absoluta presunção. [...] a Administração deve efetuar os cálculos indicados no mencionado art. 48 da Lei 8.666/93, para se chegar a uma presunção relativa de inexequibilidade, sem ainda se falar em desclassificação de propostas. Depois de tais cálculos, e a partir da indicação de quais propostas são, presumidamente, 'manifestamente inexequíveis', a Administração deve abrir às respectivas empresas a possibilidade de comprovação da viabilidade de suas propostas, com a apresentação de 'documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato', nos dizeres da Lei. A não apresentação dessa documentação adicional ou a incompatibilidade da proposta com os custos e coeficientes de produtividade levaria, por fim, a Administração a concluir pela inexequibilidade da proposta. [...] Portanto, a partir da seleção das licitantes cujas propostas encontrarem-se abaixo do limite obtido nos cálculos indicados no art. 48 da Lei 8.666/93, deve a Administração diligenciar para que se manifestem no sentido de comprovar a viabilidade dos preços por eles ofertados. No caso em tela, diante do pequeno número de participantes – apenas dois – o fato de somente um ter apresentado proposta abaixo do limite inicial de exequibilidade, reforçava a pertinência de a Comissão de Licitação ter diligenciado e aberto oportunidade de a empresa Progetto se manifestar sobre a viabilidade de sua proposta, ao invés de simplesmente proceder a sua imediata desclassificação. [...] Ante o exposto, propõe-se que as razões de justificativa dos responsáveis, quanto ao ponto analisado, sejam rejeitadas."*. Em seu voto, o relator registrou que, de fato, ocorreu a falha apontada pela unidade técnica. Não houve, porém, de acordo com o relator, *"prejuízos de qualquer ordem ao certame, dado o acerto da eliminação da licitante pelo outro*

motivo acima apontado". O outro motivo foi justamente o fato de que *"a empresa interessada não discriminou os itens de seu BDI, consoante preconizava o instrumento convocatório do certame"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva à Fundação Universidade de Brasília, para futuras licitações. Precedentes citados: Acórdãos n.os 697/2006, 141/2008, 294/2008 e 79/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1426/2010-Plenário, TC-009.960/2009-2, rel. Min. Aroldo Cedraz, 23.06.2010***.

Licitação da Petrobras Transporte S.A. (Transpetro) para execução de obras: 1 - Consulta prévia ao cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin)
Entre os achados identificados no relatório de levantamento de auditoria realizada nas obras do Terminal de São Sebastião e dos oleodutos Osvat e Osbat, no Estado de São Paulo, mereceu destaque a não utilização do Cadin, pela Transpetro, *"como parâmetro para a exclusão da empresa Techint S/A do Convite nº 005.8.001.03.0 e para sua consequente contratação"*, em desacordo com a Lei n.º 10.522/2002. Considerando não ser recente o encaminhamento de determinações à Petrobras afetas ao tema em discussão e em vista da presunção de que as determinações dirigidas àquela entidade sejam de conhecimento de suas subsidiárias, o relator concluiu que *"não haveria mais razões para que este Tribunal se abstivesse de multar os agentes responsáveis pela não observância ao Cadin no âmbito da Transpetro"*. Por outro lado, o relator observou que o ofício de audiência encaminhado apontou como irregularidade a *"não utilização do CADIN como parâmetro para a exclusão da empresa Techint S/A do Convite nº 005.8.001.03.0* ***e para sua consequente contratação****"*. De acordo com o relator, o art. 6º da Lei n.º 10.522/2002 não veda a contratação de empresa inscrita no Cadin, mas apenas exige que o referido cadastro de inadimplência seja consultado previamente à *"celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos"*. Com o objetivo de melhor elucidar a questão, o relator transcreveu o seguinte excerto da instrução da unidade técnica acolhida pelo relator do Acórdão n.º 2.937/2003-1ª Câmara, prolatado em sede de pedido de reexame: *"No que diz respeito à determinação [...] concernente ao CADIN, assiste razão ao recorrente, visto que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ele referenciada, interposta pela Confederação Nacional da Indústria relativamente aos artigos 6º (consulta prévia ao Cadastro) e 7º (impeditivo para contratações) da Medida Provisória nº 1.442, de 10/05/1996, foi, em 19/06/1996, parcialmente deferida, em sede de liminar [...]. Naquela ocasião, a eficácia do artigo 7º e seus parágrafos foi suspensa, indeferindo-se o pleito quanto ao artigo 6º, por considerar aquela Corte que ali se estabelece simples consulta, ato informativo dos órgãos que colhem os dados ali contidos, sem repercussão sobre direitos ou interesses coletivos. No mérito, em 15/06/2000, foi considerada improcedente a ação quanto ao mencionado artigo 6º e suspenso o julgamento relativamente ao artigo 7º. A partir da MP 1.863-52, de 26/08/1999, a mencionada restrição não mais constou do texto legal e de suas reedições e, por conseguinte, da Lei nº 10.522/2002, que dispõe sobre o CADIN."* Diante desse entendimento, e tendo em vista a imprecisão no ofício de audiência enviado pelo TCU no presente caso, o relator absteve-se de sugerir qualquer tipo de apenação. Após ressaltar que não se encontrava devidamente comprovada nos autos a alegação de que, no âmbito do Convite n.º 005.8.001.03.0, o Cadin teria sido consultado, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar à Transpetro que *"realize consulta prévia ao Cadin, conforme disposto no art. 6º da Lei 10.522/2002, juntando aos respectivos processos os documentos comprobatórios dessa prática, inclusive no que concerne aos pronunciamentos emitidos nos casos em que a empresa consultada esteja registrada como inadimplente naquele cadastro"*. Precedentes citados: Decisão n.º 621/2001-Plenário; Acórdão n.º 2.937/2003-1ª Câmara; e Acórdãos n.os 346/2007 e 2.558/2009, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1427/2010-Plenário, TC-010.733/2005-4, rel. Min. Aroldo Cedraz, 23.06.2010***.

Licitação da Petrobras Transporte S.A. (Transpetro) para execução de obras: 2 - Necessidade de anexar ao edital cópia do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários
Outro achado de auditoria nas obras do Terminal de São Sebastião e dos oleodutos Osvat e Osbat, no Estado de São Paulo, foi a *"ausência nos autos de planilha orçamentária detalhada da Petrobras com relação ao Contrato 845.2.119.02-5, em desacordo com o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993"*. Preliminarmente, o relator ressaltou que este e outros achados estariam relacionados a uma irregularidade em comum, qual seja, a *"aditivação de contratos sem que tenha sido evidenciada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual"*. Em seu voto, o relator afirmou que a manutenção do valor global do contrato após a inclusão e exclusão de serviços não indica, necessariamente, a inexistência de prejuízo ao erário, haja vista a possibilidade da ocorrência de 'jogo de planilha', hipótese esta expressamente suscitada pela equipe de

auditoria. Para o relator, a situação se agrava ante a relutância da Petrobras e de suas subsidiárias em elaborar orçamento detalhado dos serviços e obras a serem licitados, com fixação de critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, nos termos do art. 40, X e § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93. O relator também frisou que exceção a essa regra foi recentemente reconhecida pelo TCU por meio do Acórdão n.º 1.854/2009-2ª Câmara, *"no sentido de ressalvar, em certas determinações, as hipóteses em que a aplicação dos comandos expedidos possa implicar prejuízo incontornável à eficiência da atividade negocial da recorrente [no caso, a Petrobras]."*. No entanto, a existência de situações excepcionais que afastem a obrigatoriedade de que se faça constar, como anexo aos editais dos procedimentos licitatórios que realizar, cópia do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, *"não desobriga a entidade de elaborar tal orçamento, que deverá ser apresentado, sempre que solicitado, aos órgãos de controle, aos quais caberá adotar as providências necessárias para preservar o caráter sigiloso dessas informações"*. Tendo em vista essa evolução jurisprudencial, o relator deixou de propor a apenação dos gestores responsáveis pela irregularidade, sem prejuízo de rejeitar as razões de justificativa por eles apresentadas, uma vez que não se encontrava devidamente justificada no processo licitatório a ausência de planilha orçamentária detalhada, referente ao Contrato n.º 845.2.119.02-5. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário determinar à Transpetro que *"faça constar, como anexo aos editais dos procedimentos licitatórios que realizar, cópia do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, em observância ao princípio da publicidade que permeia o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2.745, de 24/8/1998 [...], salvo quando essa divulgação constituir óbice intransponível à atividade negocial da empresa, fato a ser devidamente justificado no processo licitatório"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 417/2002, 1.564/2003, 2.354/2006, 1.090/2007 e 87/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1427/2010-Plenário, TC-010.733/2005-4, rel. Min. Aroldo Cedraz, 23.06.2010***.

Licitação do tipo *técnica e preço* para prestação de serviços especializados de advocacia: 1 - Vedação da participação de consórcios

Representação oferecida ao TCU indicou supostas irregularidades no edital da Concorrência n.º 01/2009, realizada pela Superintendência Regional da Companhia Nacional de Abastecimento no Estado do Rio Grande do Sul (CONAB–SUREG/RS), cujo objeto era a prestação de serviços especializados de advocacia. Entre as possíveis irregularidades, encontrava-se a *"proibição de participação de consórcios (item 3.2.6 do edital), sem justificativa"*. Em seu voto, o relator destacou que o art. 278 da Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), quando se refere à possibilidade de constituição de consórcio por parte de *"quaisquer outras sociedades"*, dirige-se às sociedades empresárias e não às simples, haja vista a necessidade de arquivamento do respectivo contrato de consórcio e suas alterações no registro do comércio do lugar da sede, o que não é previsto no Estatuto da OAB, quando se trata da união de advogados para prestação de serviços de advocacia (art.15, § 1º). Em razão de sua natureza e do fato de estarem proibidas de apresentar forma ou características mercantis (art. 16, **caput**, da Lei n.º 8.906/94), o ato de constituição das sociedades de advogados *"deve ser averbado no registro de sociedade e arquivado junto ao Conselho Seccional onde se instalar"*, e não no registro de comércio, como seria o caso de sociedades empresárias. Em conclusão, o relator considerou que a interpretação mais consentânea com o ordenamento jurídico *"é no sentido da impossibilidade de consórcio entre sociedades de advogados, **data venia** o posicionamento adotado na Decisão n.º 1.364/2002-Plenário, no sentido de incentivar a formação de consórcios de sociedades de advogados com vistas ao aumento do universo de potenciais licitantes"*. Para ele, *"tal posicionamento é o mais prudente, pois, do contrário, poderia haver desnecessária vulnerabilidade jurídica da companhia em caso de contendas judiciais em face de um eventual inadimplemento ou de uma inexecução parcial do futuro contrato"*. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 1452/2010-Plenário, TC-001.457/2010-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 23.06.2010***.

Licitação do tipo *técnica e preço* para prestação de serviços especializados de advocacia: 2 - Cômputo maior de pontos ao licitante que comprovar atuação profissional em ações rescisórias relativas à relação de emprego

Outra suposta irregularidade atinente ao edital da Concorrência n.º 01/2009, conduzida pela Superintendência Regional da Companhia Nacional de Abastecimento no Estado do Rio Grande do Sul (CONAB–SUREG/RS), destinada à prestação de serviços especializados de advocacia, foi o *"cômputo de até 15 pontos"*, de um total de 100 pontos, *"ao licitante que comprovar atuação profissional em ações rescisórias relativas à relação de emprego"*. Para o relator, a militância em foro trabalhista é um diferencial

profissional importante, exigindo *"razoável conhecimento da jurisprudência específica deste campo de atuação"*. Nesse sentido, o grande número de ações na área cível *"não torna descabido o critério de pontuação adotado, haja vista o fato de que um número razoável de ações trabalhistas, com alguma probabilidade, findará em ações rescisórias"*. Ademais, para atuação nesse campo, *"há clara prevalência do conhecimento profissional de direito material trabalhista em relação ao de direito processual civil, sobretudo quando está em jogo um meio de impugnação por meio do qual se pleiteia uma nova apreciação do mérito"*. Ao final, o relator concluiu que não deveria ser considerado abusivo o critério de pontuação adotado no certame, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Precedente citado: Acórdão n.º 33/2010-Plenário. ***Acórdão n.º 1452/2010-Plenário, TC-001.457/2010-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 23.06.2010***.

Licitação do tipo *técnica e preço* para prestação de serviços especializados de advocacia: 3 - Repactuação e não reajuste em contratos de prestação de serviços continuados

Ainda quanto ao edital da Concorrência n.º 01/2009, realizada pela Superintendência Regional da Companhia Nacional de Abastecimento no Estado do Rio Grande do Sul (CONAB–SUREG/RS), destinada à prestação de serviços especializados de advocacia, foi suscitada possível irregularidade atinente à *"previsão, no item 18.2 do edital e na Cláusula Nona, item VI, da minuta de contrato, do reajuste por meio de índice de preços"*. Ouvida em audiência, a entidade sustentou que *"o item 18.2 do edital traz uma faculdade ('poderá') que não será exercida; entende que a disposição não pode ser considerada isoladamente, mas em conjunto com o item 18.1, que trata da repactuação"*. Para a unidade técnica, a questão é que *"tanto o item 18.1 (repactuação) e o item 18.2 (reajuste) estão na forma de faculdades ('poderá'). Assim, cria-se a expectativa de que o reajuste com base em índices é possível. Além disso, se a CONAB não pretendia reajustar o contrato por meio de índices, a disposição não deveria constar do edital, devendo ser excluída."*. Considerando que as razões apresentadas não foram suficientes para elidir a previsão de reajuste por meio de índice geral de preços, o relator propôs e o Plenário decidiu manter os efeitos da medida cautelar já concedida, até que sejam cumpridas algumas determinações por parte da CONAB–SUREG/RS, entre elas a de *"excluir do edital, de seus anexos e da minuta do contrato cláusulas ou condições que prevejam a possibilidade de reajuste por meio de índices gerais de preços, de modo a observar o entendimento deste Tribunal no sentido de que os contratos de prestação de serviços continuados não admitem reajuste com base em índices, mas somente sua repactuação"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.094/2004-Plenário, 1.105/2008-Plenário e 2.225/2008-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 1452/2010-Plenário, TC-001.457/2010-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 23.06.2010***.

Responsabilidade da autoridade que pratica o ato de homologação do processo licitatório

Representação encaminhada ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 3/2007-Funasa/MS, que tinha por objeto a *"contratação de empresa especializada para o fornecimento de 44 (quarenta e quatro) unidades de servidores de rede, para inclusão no Sistema de Registro de Preços"*. Por meio do Acórdão n.º 915/2009-Plenário, foi aplicada multa à autoridade responsável pela homologação do aludido certame, em razão de algumas irregularidades, entre elas: I) *"pesquisa de preços que subsidiou a elaboração do mapa estimativo promovida de forma distorcida, vez que realizada com fornecedores de produto do mesmo fabricante (Sun Microsystems do Brasil), aliás, fabricante do modelo ofertado pela empresa vencedora do certame - Sun Fire X4200"*; e II) *"desclassificação da empresa NT Systems Informática Ltda. sem apontar todos os itens do edital não atendidos, limitando-se a indicar apenas o descumprimento do item 1.2.3 do Anexo II do edital, sendo que, ao analisar o recurso interposto pela indigitada empresa, o pregoeiro não só manteve a desclassificação mas também sinalizou nova irregularidade"*. Contra o aludido acórdão, foram opostos embargos de declaração, em que se alegava a existência de obscuridade e contradição. Em síntese, sustentou o embargante que: a) com relação à obscuridade, não teriam sido mencionados os dispositivos legais por ele infringidos e que justificariam a multa que lhe foi cominada; e b) no que tange à contradição, as condutas a ele atribuídas, tidas por incúria, diriam respeito a atos operacionais do procedimento licitatório, que não estavam em sua esfera de atuação. Em seu voto, quanto à contradição alegada, o relator destacou que, à luz do art. 27 do Decreto n.º 5.450/2005, cabia ao embargante, como autoridade competente para a homologação do certame, examinar se os atos praticados no âmbito do processo licitatório o foram em conformidade com a lei e com as regras estabelecidas no edital. Em se verificando a ocorrência de irregularidades, *"deveria ter adotado as medidas cabíveis para o seu saneamento. Ao não proceder dessa forma, entendeu este Tribunal que o requente*

concorreu para a prática das aludidas ilegalidades, devendo, portanto, ser responsabilizado". Por outro lado, com relação à obscuridade levantada, o relator considerou que assistia razão ao embargante. Não obstante a sua responsabilização encontrar-se devidamente demonstrada no voto condutor do Acórdão n.º 915/2007-Plenário, o relator afirmou não ter verificado *"menção expressa aos diplomas legais por ele infringidos"*. Nesse sentido, entendeu cabível *"esclarecer ao embargante que, ao proceder à homologação do Pregão Eletrônico n.º 3/2007-Funasa/MS sem se ater às ilegalidades praticadas no decorrer do procedimento, notadamente o desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando da análise do recurso administrativo interposto pela empresa NT Systems Informática Ltda. e o fato de a pesquisa de preços ter sido realizada de forma inadequada [...], foi infringido o disposto no art. 27 do Decreto n.º 5.540/2005 c/c os artigos 2º da Lei n.º 9.784/1999, 5º, inciso LV, da Constituição Federal e 15, § 1º, da Lei n.º 8.666/1993."* O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 1457/2010-Plenário, TC-006.595/2007-6, rel. Min. José Jorge, 23.06.2010***.

Periodicidade mínima de um ano para reajustes contratuais

Utilizando recursos federais que lhe foram transferidos mediante contrato de repasse, o Município de Palmas/TO, representado pelo Secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano, Meio Ambiente e Habitação, celebrou os Contratos n.os 240/2008 e 304/2008, objeto de auditoria do TCU. No que concerne ao achado *"previsão de reajuste contratual de forma irregular"*, a equipe consignou, em seu relatório, que a apresentação das propostas de preço nas respectivas concorrências data do mês de maio de 2008 e, conforme previsto nos editais e nos contratos, haveria reajustamento referente ao período de maio de 2008 a maio de 2009, empregando-se para tal finalidade o IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado). Todavia, o período de fevereiro de 2008 a fevereiro de 2009 foi o efetivamente considerado para o cálculo do reajustamento, adotando-se ainda o índice Sidra (Sistema IBGE de Recuperação Automática) em detrimento do IGP-M (11,88% em vez de 3,64%). Para o relator, a decisão no âmbito da Prefeitura Municipal de Palmas/TO, baseada em pareceres emitidos pela Procuradoria do Município de Palmas/TO, além de evidenciar a utilização de índice de reajuste diverso daquele estabelecido em contrato, demonstrou transgressão ao art. 2º, § 1º, da Lei n.º 10.192/2001, quanto à previsão da periodicidade mínima de um ano para reajustes contratuais e ao próprio instrumento firmado, o qual estabelecia que *"os preços são irreajustáveis por um ano a partir da data da apresentação da proposta"*, sendo esta última maio/2008. O relator destacou também que, *"em diversas peças processuais, ora se fala em reajuste contratual, ora em restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato"*. No que se refere a suposto reajuste, constatou ele a ausência de respaldo legal para a alteração contratual, uma vez que não havia decorrido o prazo de um ano e não foi utilizado o índice previsto no instrumento. Já na hipótese *"de se alegar o reequilíbrio econômico-financeiro, não se comprovou, efetivamente, a ocorrência de motivos suficientes para a alteração dos valores contratuais, que só deve ocorrer, a esse título, quando presentes os requisitos previstos no art. 65, inciso II, alínea 'd', da Lei n.º 8.666/1993"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu promover audiência do Secretário de Desenvolvimento Urbano, Meio Ambiente e Habitação, bem como da Procuradora do Município de Palmas/TO. O primeiro, em virtude da *"realização de alteração dos Contratos n.os 240/2008 e 304/2008, infringindo o art. 66 da Lei n.º 8.666/1993 e o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 10.192/2001, com a consequente autorização de pagamento dos respectivos valores, uma vez que não havia respaldo legal para a concessão de reajustes contratuais, considerando, ainda, a ausência de comprovação dos requisitos para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos referidos instrumentos"*. A segunda, pela *"emissão dos pareceres favoráveis à alteração dos Contratos n.os 240 e 304, ambos de 2008"*. Além disso, deliberou o Pleno no sentido de determinar à unidade técnica que, *"na hipótese de se confirmar a ausência de legitimidade da adoção do percentual adotado pela entidade, avalie a necessidade de se implementar providências tendentes aos devidos ressarcimentos junto à empresa contratada, com o fito de prevenir a ocorrência de dano ao erário"*. ***Acórdão n.º 1464/2010-Plenário, TC-000.342/2010-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 23.06.2010***.

Pregão para registro de preços na área de tecnologia da informação: 1 - Exigência, como condição de habilitação, da apresentação de declaração emitida pelo fabricante do *software* licitado

A exigência de declaração do fabricante de produtos licitados, como condição de habilitação, pode ser tolerada em casos excepcionais, desde que devidamente justificada a sua necessidade. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação formulada ao TCU indicando supostas irregularidades perpetradas pelo Departamento de Engenharia de Construção do Comando do Exército

(DEC) na condução do Pregão Eletrônico n.º 072/2009, cujo objeto era o registro de preços para prestação de serviços de solução de governança organizacional. Entre as questões levantadas pela representante, e que motivaram a oitiva prévia dos gestores do DEC, estava a *"exigência de declaração do fabricante do **software** licitado como condição de participação no certame"*, prevista nos subitens 6.1.5 e 6.1.6 do 'Termo de Referência' anexado ao edital, com a seguinte redação: *"6.1.5. "Em caso de descontinuidade do produto no mercado ou do encerramento das operações do fabricante da solução, sem existência de transferência das responsabilidades assumidas pela empresa contratada, o fabricante se obriga a fornecer toda a documentação técnica da solução [...], bem como fornecer todo o código-fonte da última versão da solução, para que o contratante tenha os componentes necessários para a manutenção e sustentação da solução pelos meios que ele escolher [...]. 6.1.6. Durante a vigência do contrato e depois da celebração de termos de sigilo, o fabricante deverá, a pedido do contratante, dar acesso a pessoas designadas pelo contratante à documentação técnica da solução [...]. O contratante se obriga a manter sigilo de tudo que lhe for passado."*. Após analisar as manifestações e documentos apresentados pelos responsáveis, a unidade técnica propôs a anulação do certame, com o argumento de que a exigência de declaração de fornecedores, como requisito de habilitação, restringiu o caráter competitivo da licitação, sendo tal ocorrência agravada pelo fato de a proposta de preços da representante, desclassificada por não apresentar a mencionada declaração, ter sido cerca de quatro milhões de reais inferior à da vencedora do certame. O relator, no entanto, considerou louvável a administração se precaver da indesejável situação de se tornar refém de determinada empresa da qual adquiriu **software**, em função de não deter os seus códigos-fonte para efetuar eventuais adaptações (customização) ou, ainda, para dar continuidade às atividades *"em caso de solução de impossibilidade no fornecimento do produto"*. Ademais, a empresa contratada *"irá gerenciar informações acerca da realização de obras em todo o território nacional, cujas cifras são da ordem de milhares de reais [...], não podendo o Comando do Exército arriscar-se à solução de continuidade no gerenciamento do **software** demandado"*. O relator registrou que o TCU, via de regra, considera como cláusula restritiva da competitividade a exigência de declaração de fabricantes, por dar ensejo a que o próprio fabricante do **software** escolha, ao seu alvedrio, a quem fornecer a citada declaração, a exemplo do Acórdão n.º 423/2007-Plenário. Não obstante, considerou que, no presente caso, a cláusula editalícia poderia, de forma excepcional e dadas as condicionantes do certame em foco, ser considerada justificada. O Plenário anuiu ao entendimento do relator. ***Acórdão n.º 1462/2010-Plenário, TC-001.168/2010-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 23.06.2010***.

Pregão para registro de preços na área de tecnologia da informação: 2 - Definição do lapso temporal mais adequado entre a data de publicação do aviso do pregão e a de apresentação das propostas

Ainda quanto ao Pregão Eletrônico n.º 072/2009, conduzido pelo Departamento de Engenharia de Construção do Comando do Exército (DEC), destinado ao registro de preços para prestação de serviços de solução de governança organizacional, a unidade técnica questionou o prazo que as licitantes tiveram para formular suas propostas (oito dias úteis). Entendeu a unidade instrutiva que, dada a complexidade da documentação a ser apresentada e tendo em conta que a vencedora do certame foi a que ofertou cotação de preços utilizada como referência na licitação, o prazo de oito dias deveria ter sido estendido. Ao concordar que este prazo não foi, de fato, adequado para a licitante que não teve acesso antecipado às especificações do objeto, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao órgão que doravante, *"nos pregões para a aquisição de bens e serviços de informática, avalie a complexidade demandada na preparação das propostas pelos eventuais interessados e busque definir o prazo mais adequado entre a data de publicação do aviso do pregão e a de apresentação das propostas, a qual nunca poderá ser inferior a oito dias úteis, de modo a garantir a isonomia entre os interessados que tenham acessado especificações do objeto antecipadamente, por terem colaborado na fase de planejamento pelo fornecimento das informações mercadológicas e técnicas necessárias, e os demais interessados"*. Precedente citado: Acórdão n.º 2.471/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 1462/2010-Plenário, TC-001.168/2010-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 23.06.2010***.

Pequena materialidade na extrapolação do limite legal para acréscimos em contrato de reforma

Representação formulada ao TCU noticiou supostas irregularidades na reforma do prédio da nova sede do Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV), entre elas o fato de terem sido *"firmados termos aditivos com reflexo financeiro que elevaram o valor da obra acima do limite máximo legal (mais de 50% de aumento)"*. O relator observou que, de fato, *"houve incremento no valor pactuado de 55,7%, o que a rigor representa ofensa ao § 1º do art. 65 da Lei n.º 8.666/1993, que prevê um acréscimo máximo de 50% para contratos de reforma"*. No entanto, ele concordou com a instrução da unidade técnica, ao ponderar que,

restando comprovada a necessidade da efetivação desses acréscimos, a realização de novo procedimento licitatório para execução dos 5,7% que excederam o limite legal *"demandaria tempo e gastos extras (com a realização de outro certame e com pagamento de custos de mobilização e desmobilização da empresa a ser contratada)"*, ocasionando atrasos substanciais na obra e consequentes danos à entidade. Tendo em vista a pequena materialidade dos valores excedentes e a necessidade de conclusão do empreendimento no prazo pactuado, o relator concluiu não caber medida corretiva por parte do Tribunal, tampouco aplicação de penalidade. O Plenário anuiu à manifestação do relator. ***Acórdão n.º 1466/2010-Plenário, TC-004.478/2006-2, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 23.06.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Possibilidade da prorrogação de contrato emergencial

Após examinar a prestação de contas da Companhia Docas do Ceará (CDC) relativa ao exercício de 2005, a unidade técnica propôs julgar irregulares as contas da Diretora-Presidente e aplicar-lhe multa, em razão das seguintes irregularidades: a) *"ausência de prévio procedimento licitatório na contratação [...] da obra de recuperação da plataforma de atracação do píer petroleiro do Porto do Mucuripe, em Fortaleza/CE, realizada de forma emergencial, sem satisfazer os requisitos necessários, tendo o início da obra sido retardado por quatro meses"*; e b) *"prorrogação do contrato [...] feito sem licitação, de forma emergencial, o que ocasionou extrapolação do prazo máximo de vigência de 180 (cento e oitenta) dias, contrariando o inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993"*. Dissentindo dos pareceres emitidos nos autos, o relator entendeu que a conduta da gestora não merecia reprovabilidade, haja vista que a situação emergencial já estava configurada quando ela assumiu o cargo de Diretora-Presidente. Considerando que diversos relatos davam notícia da precariedade das peças estruturais da ponte de acesso e da plataforma de atracação do píer, *"as condições ensejadoras da contratação emergencial eram indiscutíveis"*. No que diz respeito à prorrogação do aludido contrato, a responsável aduziu que o atraso de quatro meses no início da execução dos serviços *"ocorreu em função de interrupções causadas pela necessidade de se dar continuidade às operações da Petrobras e pelas condições da maré"*. O relator afirmou que tais razões de justificativa centraram-se na Decisão n.º 820/1996-Plenário, por meio da qual o TCU, em sede de consulta, deliberou no sentido de *"responder ao interessado que é possível, quando da dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade, consoante o disposto no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, o retardamento do início e a devolução da contagem do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, desde que as ações tomadas pela Administração tenham sido prejudicadas pela superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato, a teor do disposto no art. 57, § 1º, da mencionada Lei, devendo ser adequadamente fundamentado [...]"*. Discordando do Ministério Público, para o qual as circunstâncias alegadas pela gestora não se enquadrariam na hipótese de fato excepcional ou imprevisível inaugurada pelo precedente em tela, o relator considerou que não havia prova nos autos de que *"o atraso se deu por circunstâncias normais ou previsíveis, ou que era de conhecimento prévio da gestora o tempo em que o contrato ficaria paralisado em virtude das circunstâncias por ela declaradas"*. Ao final, manifestou-se por que as contas da Diretora-Presidente fossem julgadas regulares com ressalva, dando-se-lhe quitação, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 3745/2010-1ª Câmara, TC-018.336/2006-9, rel. Min. Augusto Nardes, 22.06.2010***.

Inexigibilidade de licitação para o fornecimento de sala-cofre, e não para a contratação do serviço de manutenção da referida estrutura

Representação oferecida ao TCU indicou possível irregularidade no Pregão n.º 048/2008 – conduzido pelo Senado Federal –, atinente ao fato de a vencedora do certame (Delta Engenharia) não deter capacidade técnica para a execução do objeto licitado, qual seja, a manutenção programada em ambiente **datacenter** (sala-cofre). Segundo a unidade técnica, a representante (empresa Aceco) *"possui exclusividade no fornecimento de salas-cofre, mas se aproveita da sua posição no mercado para impor-se como única empresa apta a prestar os respectivos serviços de manutenção, sob pena de não cumprir a garantia inerente à célula de segurança, apesar da viabilidade de concorrência. [...] A empresa alega que a realização de manutenção nas salas-cofre por ela fornecidas leva à descaracterização do ambiente de segurança. [...] Não nos resta dúvida de que o serviço de manutenção da sala-cofre tem que ser realizado por técnicos especializados. O que nos parece claro é que todos os equipamentos pertencentes ao DataCenter são de livre aquisição, incluindo a manutenção da sala-cofre. [...] já há jurisprudência desta Corte no sentido de não se admitir o monopólio criado pela representante nos serviços de manutenção de salas-cofre."*. Em seu

voto, o relator anuiu à manifestação da unidade instrutiva, destacando que, de fato, por ser fornecedora exclusiva de salas-cofre, a Aceco entende ser a única com aptidão para realizar serviços afetos à referida estrutura, tal como o serviço de manutenção, raciocínio que, no entanto, *"não se sustenta"*. Primeiro, *"porque poderia levar à conclusão absurda de que, por exemplo, serviços como a limpeza no piso elevado ou no cabeamento lógico interfeririam em partes integrantes dos equipamentos de informática protegidos"*. Segundo, porque o próprio Senado informou ao TCU que *"a empresa Delta Engenharia vem executando a prestação de serviços técnicos de manutenção programada e não programada, em um ambiente **datacenter**, de forma correta, não tendo nada que desabone o desempenho nem a qualidade dos serviços prestados pela supracitada empresa"*. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu considerar improcedente a representação. Precedentes citados: Acórdãos n.os 898/2004-2ª Câmara e 1.698/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 3729/2010-1ª Câmara, TC-024.066/2008-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 22.06.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Contratação de fundação de apoio, mediante dispensa de licitação, para realização de concurso vestibular

Aplica-se às universidades públicas federais, no tocante à contratação de suas fundações de apoio para realização de concurso vestibular, o entendimento consignado nos Acórdãos n.os 1.192/2006 e 2.149/2006, ambos da 2ª Câmara, no sentido de que referida contratação pode-se dar mediante dispensa de licitação devidamente motivada. Foi essa a conclusão do relator, ao examinar a prestação de contas da Fundação Universidade Federal de Ouro Preto (FUFOP) relativa ao exercício de 2004. Instada a se manifestar nos autos, a unidade técnica não acolheu as razões de justificativa apresentadas pelo ex-Reitor quanto à *"manutenção do contrato com a Fundação Educativa de Rádio e Televisão de Ouro Preto – FEOP, para o gerenciamento de atividades e recursos materiais e financeiros para os exames vestibulares"*, sob o argumento de que o ex-gestor incorrera em descumprimento do acórdão inserido na Relação n.º 35/2002-2ª Câmara, por meio do qual o Tribunal expediu determinação à entidade para a não realização de ajustes dessa natureza. O relator divergiu dessa manifestação, propondo novo encaminhamento à matéria, em face do recente Acórdão n.º 887/2010-2ª Câmara, oportunidade em que restou admitida a possibilidade da contratação de fundações de apoio para a realização de vestibulares. A Segunda Câmara anuiu à proposição do relator. Precedentes citados: Acórdão n.º 1.534/2009-1ª Câmara; Acórdãos n.os 1.192/2006, 2.149/2006 e 887/2010, todos da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 3117/2010-2ª Câmara, TC-014.508/2005-9, rel. Min. José Jorge, 22.06.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 29 e 30 de junho de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratação para execução de obras: 1 - Distorção nos preços conhecida como "jogo de planilha"
Representação formulada ao TCU apontou possível sobrepreço nas obras da 2ª fase do *"Perímetro de Irrigação Tabuleiros Litorâneos"*, no Estado do Piauí. Para subsidiar a sua conclusão, a representante elaborou laudo de avaliação dos preços praticados na proposta da licitante vencedora, comparando-os com valores de mercado e com tabelas de referência (Sicro e Sinapi). Relatório da auditoria realizada pelo TCU nas aludidas obras identificou sobrepreço no fornecimento de tubos de ferro dúctil e aço carbono de 7,09% e 2,90%, respectivamente, porém *"desconto nos serviços comuns de engenharia de 5,27%, que, somados, não apresentavam sobrepreço"*. Portanto, analisado de forma global, o contrato do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) não continha sobrepreço, mas a equipe de auditoria *"encontrou vários itens individuais com elevado sobrepreço ou desconto em relação aos sistemas de referência"*. Assim sendo, a fim de evitar a distorção nos preços conhecida como "jogo de planilha", o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao Dnocs que: a) *"reavalie, possibilitando à empresa contratada o prévio contraditório, os preços dos itens de fornecimento do Contrato PGE nº 44/2002, considerando os indícios de sobrepreço levantados [...] no fornecimento de tubos de ferro dúctil e aço carbono do contrato;"*; b) *"em caso de acréscimos de quantitativos em itens presentes na planilha orçamentária do Contrato PGE nº 44/2002 ou quando da necessidade de acrescer serviços ou materiais/equipamentos não presentes na planilha orçamentária original do contrato, adote preços comprovadamente praticados no mercado, não admitindo redução na diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do Sinapi em favor do contratado, conforme previsto no art. 109, § 6º, da Lei nº 11.768/2008 (LDO 2009)."*. ***Acórdão n.º 1515/2010-Plenário, TC-008.137/2009-6, rel. Min. Benjamin Zymler, 30.06.2010***.

Contratação para execução de obras: 2 - Revisão contratual para expurgo da parcela referente à extinta CPMF

Ainda quanto ao Contrato PGE n.º 44/2002, referente às obras da 2ª fase do *"Perímetro de Irrigação Tabuleiros Litorâneos"*, no Estado do Piauí, a equipe de auditoria concluiu não haver qualquer evidência de que o BDI do referido contrato tivesse sido revisto para o expurgo da parcela referente à CPMF, extinta em 2007. Por essa razão, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) que, *"nos termos do art. 65, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, formalize termo aditivo ao Contrato PGE nº 44/2002, possibilitando à empresa contratada o prévio contraditório, com vistas a reduzir os percentuais de BDI aplicáveis aos pagamentos efetuados após 31/12/2007 em decorrência da extinção da CPMF, e adote medidas para, nas faturas vincendas, compensar eventuais valores indevidamente pagos"*. ***Acórdão n.º 1515/2010-Plenário, TC-008.137/2009-6, rel. Min. Benjamin Zymler, 30.06.2010***.

Exigência, para fim de habilitação, da apresentação da rede credenciada de estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição

O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando a suspensão, pelo Serviço Social do Comércio no Estado de São Paulo (SESC-SP), do lote 1 – fornecimento de vale-refeição – do Pregão Presencial 14/2010, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão levantada em processo de representação. A licitação tem por objeto o *"serviço de gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios de vales-refeição e transporte"* para as unidades do SESC-SP. A representante alegou ter sido inserida, no edital da licitação, exigência excessiva e desarrazoada, referente à obrigatoriedade da apresentação da rede de estabelecimentos credenciados (*"mínimo dois estabelecimentos comerciais que aceitem o vale como forma de pagamento da refeição, e estejam a uma distância máxima de 500 metros da Unidade do SESC"*) como condição de habilitação técnica. Ao concluir estarem presentes os pressupostos para a concessão de medida cautelar, a unidade instrutiva defendeu o entendimento de que, *"Na fase de habilitação técnica, pode a entidade aferir a experiência e a capacidade técnica das empresas concorrentes para cumprir o objeto do certame, exigindo delas a apresentação de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado. As exigências de credenciamento de estabelecimentos credenciados devem sim ocorrer, mas na fase de contratação, permitindo, dessa forma, à empresa vencedora, dentro de prazo razoável, se for o caso, promover os credenciamentos solicitados."*. Para o relator, considerando que a licitação abrangia 32 instalações do SESC/SP, *"consistiria em desarrazoado ônus para as licitantes, tanto financeiro quanto operacional, a exigência de que elas cadastrem 64 estabelecimentos apenas para participarem do certame"*. Nesse caso, *"somente a empresa que já estivesse prestando os serviços ou grandes empresas desse seguimento comercial restariam habilitadas"*. Ao final, o relator assinalou que a exigência da apresentação da rede credenciada deveria ocorrer somente na fase de contratação, com a concessão de prazo razoável para a vencedora do certame credenciar os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição. O Plenário referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-016.159/2010-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 30.06.2010***.

Possibilidade da contratação de fundação de apoio, por dispensa de licitação, para a realização de concurso vestibular

Em sede de tomada de contas especial, instaurada em decorrência de irregularidades identificadas na execução do Convênio n.º 10/2003, celebrado entre a Universidade Federal do Piauí (UFPI) e a Fundação de Desenvolvimento e Apoio à Pesquisa, Ensino e Extensão do Piauí (FUNDAPE) – cujo objeto era *"a execução das 1ª, 2ª e 3ª Etapas do Programa Seriado de Ingresso na Universidade"* –, o Ministério Público junto ao TCU manifestou-se por que fosse expedida determinação à UFPI para se abster de celebrar convênios ou contratos com entidades privadas, sem licitação, com fundamento no art. 1º da Lei n.º 8.958/94 c/c o art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/1993, objetivando a *"realização de concurso para a seleção de novos alunos"*. Em seu voto, ao dissentir da proposta do *Parquet*, o relator mencionou o Acórdão n.º 887/2010-2ª Câmara, frisando que, na naquela assentada, em que se apreciava a prestação de contas de 2005 da Fundação Universidade Federal do Maranhão, restou admitida a possibilidade da contratação de fundações de apoio para a realização de vestibulares, por dispensa de licitação, nos termos do art. 1º da Lei n.º 8.958/94. O Plenário anuiu ao entendimento do relator. Precedentes citados: Acórdão n.º 1.534/2009-1ª Câmara e Acórdãos n.ºs 1.192/2006 e 2.149/2006, ambos da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 1533/2010-Plenário, TC-006.995/2005-1, rel. Min. José Jorge, 30.06.2010***.

Alcance da sanção prevista no art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93
Representação formulada ao TCU noticiou suposta irregularidade no Convite n.º 2008/033, promovido pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB), cujo objeto era a *"contratação de serviços de infraestrutura na área de informática do Banco"*. Em suma, alegou a representante que o BNB estaria impedido de contratar com a licitante vencedora do certame, haja vista ter sido aplicada a esta, com base no art. 87, III, da Lei de Licitações, a pena de *"suspensão de licitar e contratar com a Administração pelo período de um ano"*, conforme ato administrativo do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). Instado a se manifestar, o Ministério Público junto ao TCU alinhou-se *"ao posicionamento da parcela da doutrina que considera que a sanção aplicada com supedâneo no art. 87, inciso III, da Lei das Licitações restringe-se ao órgão ou entidade contratante, não sendo, portanto, extensível a toda a Administração Pública"*. Portanto, para o *Parquet*, *"o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está restrito à Administração, assim compreendida pela definição do inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações."*. Anuindo ao entendimento do MP/TCU, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar improcedente a representação. Precedentes citados: Decisão n.º 352/98-Plenário e Acórdãos n.os 1.727/2006-1ª Câmara e 3.858/2009-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 1539/2010-Plenário, TC-026.855/2008-2, rel. Min. José Múcio Monteiro, 30.06.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Ata de registro de preços: 1 - Distinção entre *ata* e *contrato*
Representação formulada ao TCU apontou indícios de irregularidade no Pregão n.º 187/2007, sob o sistema de registro de preços, realizado pelo Governo do Estado de Roraima para eventual aquisição de gêneros alimentícios, destinados a atender aos alunos da rede pública estadual de ensino. Em consequência, foi realizada inspeção pela unidade técnica, tendo sido constatado que a formalização da ata de registro de preços e a celebração do contrato para fornecimento das mercadorias *"ocorreram em um mesmo instrumento"*, isto é, ao mesmo tempo em que foram estabelecidas características de uma ata de registro de preços, tais como a vigência do registro e os prazos e condições para contratação, foram fixadas condições, direitos, obrigações e regras próprias de um termo contratual, tais como o valor pactuado, as penalidades a que se sujeita a contratada e as obrigações das partes. Com base no Decreto Federal n.º 3.931/2001 – que regulamenta o registro de preços previsto na Lei n.º 8.666/93 –, o relator salientou que a ata de registro de preços tem natureza diversa da do contrato. Na verdade, *"a ata firma compromissos para futura contratação, ou seja, caso venha a ser concretizado o contrato, há que se obedecer às condições previstas na ata"*. Ademais, *"a ata de registro de preços impõe compromissos, basicamente, ao fornecedor (e não à Administração Pública), sobretudo em relação aos preços e às condições de entrega. Já o contrato estabelece deveres e direitos tanto ao contratado quanto ao contratante, numa relação de bilateralidade e comutatividade típicas do instituto"*. No caso em tela, o contrato foi celebrado pelo valor total da proposta apresentada pela vencedora da licitação, o que significa *"desvirtuamento do instituto do registro de preços"*, além do que, para o relator, nenhuma das situações delineadas no art. 2º do Decreto 3.931/2001 – que elenca as hipóteses em que o sistema de registro de preços deve ser preferencialmente utilizado – foi atendida. Após concluir que teria sido *"mais apropriada a realização de pregão eletrônico para fornecimento de bens de forma parcelada, na sua forma ordinária, sem a formalização de ata de registro de preços"*, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu expedir determinação corretiva à Secretaria de Estado da Educação, Cultura e Desporto de Roraima, para a gestão de recursos federais. ***Acórdão n.º 3273/2010-2ª Câmara, TC-018.717/2007-3, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 29.06.2010***.

Ata de registro de preços: 2 - Encerramento da ata com a execução do seu objeto ou com o fim do prazo de vigência
Ainda com relação ao Pregão n.º 187/2007, sob o sistema de registro de preços, realizado pelo Governo do Estado de Roraima para eventual aquisição de gêneros alimentícios, o relator frisou que a formalização da ata e a celebração do contrato num mesmo instrumento acabaram por revelar outra impropriedade, isso porque, ao firmar contrato pela totalidade do valor da ata, *"presume-se que todos os contratos vinculados à ata já foram celebrados"*. Por conseguinte, *"embora o prazo inicial de vigência da ata fosse de 12 (doze) meses, a ata se aperfeiçoou (foi executada) já na data de sua celebração, visto que seu objeto foi totalmente contratado de uma só vez. Partindo-se da hipótese de que a ata expira ou com a execução do seu objeto ou com o fim de seu prazo de vigência, pode-se afirmar que a ata de registro de preços em questão expirou um ano antes da formalização de seu primeiro aditivo"*. Para o relator, se o contrato firmado não havia sido

executado *in totum* após os primeiros doze meses de vigência, o mais adequado teria sido a celebração de aditivo ao contrato, *"com fundamento na necessidade de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro"*, e não à ata de registro de preços, porquanto esta já havia expirado. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu expedir determinação corretiva à Secretaria de Estado da Educação, Cultura e Desporto de Roraima, para a gestão de recursos federais. ***Acórdão n.º 3273/2010-2ª Câmara, TC-018.717/2007-3, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 29.06.2010***.

Ata de registro de preços: 3 - Prorrogação da vigência da ata e restabelecimento de quantitativos
Ainda quanto ao Pregão n.º 187/2007, sob o sistema de registro de preços, realizado pelo Governo do Estado de Roraima, constatou-se que a decisão de *"aditivar a ata em 25% do quantitativo inicial solicitado"* (segundo aditivo) foi tomada em razão do *fracasso do Processo 12457/08-95 (Pregão 414/08), cujo objeto também era o Registro de Preços para aquisição de gêneros alimentícios, com vistas a substituir o Registro de Preços vigente, oriundo do Pregão 187/2007 ora combatido"*. Segundo o Secretário de Estado da Educação, Cultura e Desportos à época, o referido procedimento *"fazia-se necessário para que não viesse a ocorrer o fracasso no cardápio oferecido nem a descontinuidade no atendimento dos alunos da rede pública estadual de ensino no interior do Estado."*. O relator salientou que esse segundo aditivo, que acabou também por prorrogar a validade da ata de registro de preços por mais um ano, carecia de respaldo legal, *"ainda que tenha como motivação o fato de que o Pregão realizado no ano de 2008 não teve continuidade e que a atividade concernente à alimentação escolar não deve sofrer interrupção"*. Isso porque o Plenário do Tribunal, mediante o Acórdão n.º 991/2009, em resposta a consulta que lhe foi formulada, decidiu *"responder ao interessado que, no caso de eventual prorrogação da ata de registro de preços, dentro do prazo de vigência não superior a um ano, não se restabelecem os quantitativos inicialmente fixados na licitação, sob pena de se infringirem os princípios que regem o procedimento licitatório, indicados no art. 3º da Lei 8.666/93"*. Não obstante, tendo em vista que a prefalada consulta somente foi julgada em meados de 2009, o relator considerou razoável admitir que a deliberação não tenha chegado ao conhecimento do órgão estadual antes da celebração do segundo aditivo, além do que a formalização deste obteve parecer jurídico favorável da *"Assessoria Especializada vinculada à Comissão Permanente de Licitação"*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu expedir apenas determinação corretiva à Secretaria de Estado da Educação, Cultura e Desporto de Roraima, para a gestão de recursos federais. ***Acórdão n.º 3273/2010-2ª Câmara, TC-018.717/2007-3, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 29.06.2010***.

NOVAS SÚMULAS

Súmula n.º 260
É dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas.

Súmula n.º 261
Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigure o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 6 e 7 de julho de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Irregularidades em contratações: 1 - Necessidade do número mínimo de três propostas válidas na modalidade convite

A ausência de três propostas válidas na modalidade convite implica a repetição do processo licitatório, a

menos que se comprove a limitação do mercado ou o manifesto desinteresse dos convidados em participar do certame. Foi esse o entendimento do relator, ao apreciar denúncia formulada ao TCU apontando possíveis irregularidades em contratações realizadas no âmbito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Diretoria-Geral em Rondônia (DR/ECT/RO). No que se refere à *"licitação sem o número mínimo de três propostas válidas nos Convites n.os 13/2006, 14/2006, 4/2007 e 7/2008"*, ocorrência que justificou a audiência do Diretor Regional, o relator destacou que a ausência de três propostas válidas contrariou o disposto na Súmula n.º 248 do TCU, *"visto que não houve justificativa por parte do responsável que pudesse comprovar a existência de limitação de mercado ou desinteresse dos convidados em participar dos mencionados certames, de acordo com o que dispõe o art. 22, § 7º, da Lei 8.666/93"*. Teria sido, portanto, *"indispensável a repetição dos procedimentos licitatórios"*. Em razão desta e das demais irregularidades confirmadas, o relator propôs e o Plenário decidiu rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável e aplicar-lhe multa. ***Acórdão n.º 1620/2010-Plenário, TC-023.093/2008-6, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.07.2010***.

Irregularidades em contratações: 2 - Definição da modalidade licitatória cabível, ou sua dispensa, em função da classificação orçamentária dos itens de despesa

Outra suposta irregularidade no âmbito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Diretoria-Geral em Rondônia (DR/ECT/RO), e que também justificou a audiência do Diretor Regional, dizia respeito a *"indícios de fracionamento de despesa com burla à obrigatoriedade de licitar, ao autorizar as dispensas de licitação DL 7000362/07, DL 7000382/07 e DL 7000391/07, tendo em vista tratar-se de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que poderiam ser realizadas conjunta e concomitantemente"*. Tais dispensas de licitação, referentes à contratação de uma mesma empresa para execução de obras e serviços de engenharia em unidade da ECT em Porto Velho/RO, envolveram, respectivamente, os valores de R$ 4.569,80, R$ 11.052,86 e R$ 26.595,93. O responsável alegou que as dispensas foram processadas separadamente em razão de os pagamentos feitos à contratada originarem-se de rubricas distintas, a saber: custeio para as duas primeiras e investimento para a última. De acordo com a unidade técnica, essas obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local poderiam ser realizadas conjunta e concomitantemente, por meio de licitação na modalidade convite, em razão de seu somatório superar o valor limite de R$ 30.000,00 para a dispensa. Ao anuir à manifestação da unidade técnica, o relator ressaltou que *"a classificação orçamentária das rubricas não determina a adoção dessa ou daquela modalidade de licitação"*, tratando-se de *"inequívoco fracionamento de despesa"* que impede a competição entre as empresas e, consequentemente, a possibilidade de escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. Em razão desta e das demais irregularidades confirmadas, o relator propôs e o Plenário decidiu rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável e aplicar-lhe multa. ***Acórdão n.º 1620/2010-Plenário, TC-023.093/2008-6, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.07.2010***.

Irregularidades em contratações: 3 - Fracionamento de despesa e certame único para obras e serviços em que os potenciais interessados são os mesmos, ainda que realizados em locais distintos

Deve ser realizada uma única licitação para a contratação de obras e serviços de mesma natureza, ainda que em locais diversos, quando os potenciais interessados são os mesmos, vedadas as modalidades *convite* ou *tomada de preços*, conforme o caso, sempre que o somatório de seus valores caracterizar *tomada de preços* ou *concorrência*. Esse entendimento, consignado no Acórdão n.º 1.570/2004-Plenário, foi invocado pelo relator ao apreciar, ainda quanto à denúncia envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – Diretoria-Geral em Rondônia (DR/ECT/RO) –, as razões de justificativa do Diretor Regional acerca dos *"indícios de fracionamento de despesa ao autorizar as seguintes licitações na modalidade 'convite' (Convites 13/2006 e 14/2006), sendo que era obrigatória a utilização de 'tomada de preços' ou 'concorrência', devido ao somatório dos valores e por tratar-se de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que poderiam ser realizadas conjunta e concomitantemente"*. O relator destacou que, à luz do art. 23, § 5º, da Lei n.º 8.666/93, *"à primeira vista, assistiria razão ao responsável"* ao argumentar que os municípios de Cujubim e Pimenteiras, onde seria feita a adequação dos prédios para o funcionamento das agências de correio, distam um do outro 766 km, tratando-se, a seu ver, de obras independentes. Para refutar esse argumento, o relator valeu-se do seguinte trecho do voto que antecedeu o prefalado Acórdão n.º 1.570/2004-Plenário: *"[...] o Estatuto das Licitações, ao vedar o fracionamento de despesas, pretendeu preservar a competitividade dos certames licitatórios, obrigando que as obras e os serviços realizados no mesmo local fossem englobados em uma única licitação, de maior valor. Interpretando-se a norma de forma*

sistêmica, orientados pelo princípio da isonomia que norteou sua promulgação, só se pode conceber que a menção a um 'mesmo local' tenha por objetivo único permitir o maior aproveitamento das potencialidades regionais, observando-se a área geográfica de atuação das empresas que executam os serviços ou obras a serem contratados.". No caso concreto, o relator verificou que, com exceção de duas empresas que receberam apenas o Convite n.º 14/2006, os demais potenciais licitantes foram convidados a participar dos dois certames e retiraram o edital. Para ele, o fato *"demonstra que essas quatro construtoras podem atuar indiferentemente em qualquer das duas cidades, não sendo permitida, assim, a realização de licitações distintas para obras e serviços de mesma natureza, uma vez que os potenciais interessados nos dois certames são os mesmos"*. Tendo em vista que a soma dos valores ultrapassou o limite estabelecido para a modalidade convite, confirmou-se o fracionamento de despesas. Em razão desta e das demais irregularidades apuradas, o relator propôs e o Plenário decidiu rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável e aplicar-lhe multa. ***Acórdão n.º 1620/2010-Plenário, TC-023.093/2008-6, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.07.2010***.

Fixação, no instrumento convocatório, do salário dos profissionais que serão disponibilizados, pela futura contratada, para a execução do serviço

Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 37/2007, conduzido pelo Ministério das Comunicações, destinado à contratação de empresa para prestação de serviços de operação e manutenção predial. A representante alegou que, apesar de ter ofertado o segundo melhor lance do pregão, teria sido *"indevidamente alijada do processo pelo órgão licitador"* por haver apresentado *"valores de referência salarial abaixo do mínimo estabelecido pelo órgão sindical representante da categoria (Sindiserviços)"*. Aduziu que o julgamento da comissão de licitação estaria viciado pelo fato de esta haver considerado, para as categorias profissionais previstas, a convenção coletiva do Sindiserviços/DF, a qual, nos termos do edital, deveria ser utilizada apenas quando da repactuação do futuro contrato, não se configurando, pois, condição para a contratação. Justamente por essa razão, ela utilizou os pisos da convenção coletiva das categorias profissionais relacionadas ao Sindicato das Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico (Simeb), ao qual está vinculada. A unidade técnica considerou ter havido, na verdade, *"equívoco quanto ao estabelecimento da observância dos valores mínimos do Sindiserviços apenas no item que trata da repactuação, já que a pretensão da Administração seria evitar a cotação de valores inferiores aos definidos por aquele sindicato"*. Para a unidade instrutiva, houve, no presente caso, *"vinculação ao Sindiserviços, ainda que de forma indireta, o que demandaria a apresentação de propostas nos valores por ele estabelecidos"*, justificando-se, portanto, a desclassificação da empresa representante. Em seu voto, o relator ressaltou que a fixação, nos instrumentos convocatórios, dos salários das categorias ou dos profissionais que serão disponibilizados para a execução do serviço pela futura contratada não é vedada à Administração desde a edição da Instrução Normativa MPOG/SLTI n.º 3/2009, que expressamente revogou o inciso II do art. 20 da Instrução Normativa MPOG/SLTI n.º 2/2008. No entanto, a fim de deixar claro que a impossibilidade da fixação de piso salarial mínimo ainda é a regra geral vigente na contratação de serviços, e que a fixação de remuneração mínima em edital somente se aplica nas contratações de serviços que não sejam por resultados, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao Ministério das Comunicações que, em futuras licitações, *"observe o art. 11 da IN MPOG/SLTI nº 2/2008 e o item 9.3.3.2 do Acórdão nº 614/2008-Plenário, em especial, atentando para que a possibilidade de fixação de remuneração mínima em edital deve se ater à hipótese excepcional prevista no § 1º do referido art. 11 da IN MPOG/SLTI nº 2/2008"*. ***Acórdão n.º 1612/2010-Plenário, TC-005.365/2008-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.07.2010***.

Ausência de parcelamento do objeto: fornecimento de sistema informatizado com código aberto, transferência de tecnologia, implantação do produto e sustentação do sistema

Denúncia formulada ao TCU apontou supostas irregularidades no Pregão Presencial n.º 118/2009, deflagrado no âmbito da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, cujo objeto era a aquisição de *"Solução de Informação Hospitalar Integrada ao Sistema de Registro Eletrônico de Saúde para Atenção Integral"*, a ser implantada em seis hospitais federais no Rio de Janeiro. Entre as questões levantadas na denúncia, destacava-se o cerceamento à competição, *"em virtude da ausência de divisão do objeto do certame em lotes, o que permitiria a participação de um número maior de licitantes"*, isso porque a licitação abrangia dois itens bem distintos: 1) *"fornecimento de um sistema que atenda previamente aos requisitos técnicos funcionais"*, com transferência de propriedade para o Ministério da Saúde; e 2) prestação de serviços especializados, quais sejam: transferência de tecnologia, implantação do produto e sustentação do sistema

nos hospitais. De acordo com a unidade técnica, ao se abranger na mesma adjudicação tanto o item 1 quanto o item 2, *"cria-se uma situação de dependência tecnológica com a empresa que vencer a licitação"*, fugindo-se *"ao propósito da aquisição do sistema com código aberto e transferência de tecnologia, que permitiria que outros, que não o criador do código, pudessem construir e modificar em cima do código adquirido, conforme a necessidade do Ministério"*. No entender da unidade instrutiva, a transferência de tecnologia seria o único serviço que não poderia tecnicamente ser desvinculado do fornecimento do sistema, entendimento que contou com a anuência do relator. A corroborar a afirmativa da unidade técnica de que o primeiro item, aquisição do sistema, sendo por sua natureza muito específico, atraiu poucos licitantes, estendendo-se tal restrição ao segundo item, porquanto englobado com o primeiro, o relator ressaltou que, não obstante mais de vinte empresas terem retirado o edital, somente dois consórcios apresentaram propostas. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu: a) fixar prazo à Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde para adotar as providências necessárias à anulação do Pregão Presencial n.º 118/2009 e de todos os atos dele decorrentes; b) determinar a audiência do Diretor de Departamento de Informática do SUS (Datasus), responsável pela elaboração e apresentação do projeto básico (termo de referência) com irregularidades, entre elas a *"ausência de divisão do objeto de modo a aproveitar os recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade"*. ***Acórdão n.º 1617/2010-Plenário, TC-027.963/2009-2, rel. Min. José Jorge, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 1 - Contratação de postos de trabalho com remuneração associada à disponibilidade de mão de obra

Em decorrência de representação oferecida ao TCU, foi realizada *"inspeção"* na Concorrência n.º 001/2006 e no consequente Contrato n.º 11/2007, firmado entre o Ministério do Esporte e a empresa Sigma Dataserv Informática S.A., cujo objeto envolvia *"consultoria, desenvolvimento e manutenção de sistemas aplicativos; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e bases de dados; suporte e help-desk"*. Entre os achados, mereceram destaque a *"interposição indevida de mão de obra e opção indevida por postos de trabalho"* e o *"pagamento não vinculado a resultados"*. A unidade técnica destacou que a mera alocação de mão de obra para ocupar postos de trabalho não representa a melhor opção para a Administração, uma vez que não assegura a obtenção de resultados alinhados às reais necessidades do contratante, incentivando, portanto, ineficiência da execução contratual com potenciais prejuízos ao erário. No caso concreto, o modelo de gestão do contrato adotado foi o pagamento por homens-hora de serviço trabalhado, sem vinculação a resultados, acarretando risco de prejuízo ao erário. A unidade técnica também ressaltou que, como critério de medição dos serviços prestados, o órgão adotou a quantidade fixa de 176 horas mensais por posto de trabalho, independentemente dos dias úteis efetivamente trabalhados no período, e que, considerando o número médio de 21 dias úteis por mês no Brasil, *"tem-se a média mensal de 168 horas úteis, ou seja, 8 horas a menos do que as 176 pagas, por mês por posto de trabalho"*. Ao acolher a manifestação da unidade técnica, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao Ministério do Esporte que, nas futuras contratações de serviços de tecnologia da informação: I) *"em atenção ao art. 3º, § 1º, e ao art. 4º, incisos II e IV, do Decreto 2.271/1997 e em concordância com o Acórdão 786/2006-TCU - Plenário, abstenha-se de remunerar a contratada pela mera disponibilização de recursos humanos, a exemplo do ocorrido no Contrato 11/2007, de forma a não incorrer em interposição indevida de mão de obra, em desacordo com o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho"*; II) *"em atenção ao art. 3º, § 1º, do Decreto 2.271/1997, ao art. 14, alínea 'i', da IN 04/2008- SLTI/MP, e ao princípio da eficiência contido no caput do art. 37 da Constituição Federal, quando possível, elabore procedimentos para mensuração da prestação dos serviços por resultados, segundo métricas previamente estabelecidas, observando o disposto no item 9.1.4 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário"*. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 2 - Não adjudicação por itens dos serviços

Ainda quanto à *"inspeção"* realizada na Concorrência n.º 001/2006 e no Contrato n.º 11/2007, firmado pelo Ministério do Esporte, foi apontado como achado a *"contratação conjunta de serviços técnica e economicamente divisíveis"*. A unidade técnica destacou que o objeto da Concorrência n.º 001/2006 *"trata de contratação de diferentes categorias de serviços na área de TI, quais sejam: consultoria em planejamento estratégico e segurança da informação; desenvolvimento e manutenção de sistemas de informações; design*

e manutenção da internet e intranet; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e de base de dados; suporte e serviços de help-desk". Para ela, a contratação contemplou serviços que são técnica e economicamente divisíveis e, portanto, viáveis de serem licitados em separado ou adjudicados por itens distintos, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade do certame. Acolhendo o entendimento da unidade técnica, e *"em atenção ao art. 23, §§ 1º e 2º, Lei 8.666/1993, ao art. 5º, inciso I, da IN 04/2008-SLTI/MP, e à Súmula TCU 247, bem como aos princípios constitucionais da isonomia, eficiência e economicidade"*, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao Ministério do Esporte, para futuras contratações de serviços de tecnologia da informação. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 3 - Uso da modalidade concorrência, do tipo *técnica e preço*, para contratação de serviços comuns, em detrimento do pregão

Também quanto à *"inspeção"* realizada na Concorrência n.º 001/2006 e no Contrato n.º 11/2007, firmado no âmbito do Ministério do Esporte, cujo objeto envolvia *"consultoria, desenvolvimento e manutenção de sistemas aplicativos; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e bases de dados; suporte e help-desk"*, foi apontado como achado a *"opção indevida por técnica e preço, em detrimento do pregão"*. Consoante o Parecer Jurídico n.º 003/2006/Conjur/ME, que balizou a contratação, a utilização da modalidade concorrência, do tipo 'técnica e preço', foi fundamentada no art. 45, § 4º, da Lei n.º 8.666/93. Segundo a unidade técnica, *"conforme se verifica na Nota Técnica Sefti/TCU 02/2008, deve ser ressaltado que já se encontrava derrogada a obrigatoriedade de uso de 'técnica e preço' para a contratação de bens e serviços de TI, expressa no § 4º do art. 45 da Lei 8.666/1993. O entendimento mais recente é o de que, devido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos e a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Portanto, por atender a esses requisitos, via de regra os bens e serviços de TI devem ser considerados comuns, conforme disposto no art. 1º da Lei 10.520/2002. Dessa forma, devem ser obrigatoriamente licitados pela modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada justificativa correspondente."*. Ao anuir à manifestação da unidade técnica, o relator ressaltou que, de fato, o entendimento do TCU é no sentido de que a licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, *"como são os da Concorrência 001/2006"*, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, *"mesmo quando se tratar de serviços complexos ou críticos"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao Ministério do Esporte, para futuras contratações de serviços de tecnologia da informação. Precedente citado: Acórdão n.º 2.471/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 4 - Exigência da adoção de valores pré-determinados para a remuneração dos profissionais alocados ao contrato

A fixação, em edital, da remuneração de empregados envolvidos na prestação de serviços também foi impugnada pela unidade técnica que promoveu *"inspeção"* na Concorrência n.º 001/2006 e no Contrato n.º 11/2007, firmado pelo Ministério do Esporte, tendo por objeto *"consultoria, desenvolvimento e manutenção de sistemas aplicativos; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e bases de dados; suporte e help-desk"*. Em seu voto, ao anuir à conclusão da unidade técnica, o relator acrescentou que tal exigência está expressamente vedada no art. 6º, II, da IN SLTI/MP n.º 4/2008, que rege a contratação de serviços de informática para o Poder Executivo. Além disso, *"o item 9.3.3.2. do Acórdão 614/2008 - Plenário também veda inclusão de cláusula editalícia dessa natureza"*, tendo em vista que os serviços de TI devem ser contratados, medidos e pagos por resultados. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao Ministério do Esporte, para futuras contratações de serviços de tecnologia da informação. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 5 - Irregularidades no demonstrativo de formação de preços da contratada

Quanto às planilhas de formação de preços (DFP) da contratada – o contrato é o de n.º 11/2007, firmado no âmbito do Ministério do Esporte –, a inspeção da unidade técnica revelou indícios de irregularidades pela cobrança indevida de percentuais ou valores referentes aos seguintes itens: CPMF, reserva técnica, férias, FGTS, Duplicidade de FGTS, despesas administrativas/operacionais e previsão de lucro, CSLL e IRPJ. Acolhendo as considerações da unidade técnica, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao Ministério do Esporte que, nas futuras contratações de serviços de tecnologia da informação, abstenha-se de aceitar das licitantes propostas de preços que contenham: I) *"percentual referente a reserva técnica como item específico das planilhas de custo e formação de preços, sem apresentar estudo específico e descrição dos eventos que motivariam a aceitação desse item"*; II) *"incidência de encargos de CSLL, IRPJ ou IRRF, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que oneram pessoalmente o contratado, não devendo ser repassados ao preço do contrato, observando o disposto no item 9.1 do Acórdão 950/2007-TCU – Plenário"*; e III) *"incidência de encargos com alíquotas maiores do que as previstas na legislação vigente, bem como que incidam em duplicidade, a exemplo do ocorrido no Contrato 11/2007 em relação a férias e FGTS"*. Além disso, deliberou o Pleno no sentido de recomendar ao Ministério do Esporte que, nas futuras licitações, em atenção ao disposto nos itens 9.2 do Acórdão n.º 1.851/2008-2ª Câmara e 9.3 do Acórdão n.º 1.990/2008-Plenário, *"abstenha-se de incluir o item reserva técnica nos modelos de planilhas de custos e formação de preços"*. Por fim, foi fixado prazo ao Ministério do Esporte para informar as medidas adotadas com vistas a promover o ressarcimento ao erário dos valores pagos indevidamente, referentes às seguintes irregularidades: a) *"custos com CPMF nos demonstrativos de formação de preço do contrato a partir de 1º/1/2008, uma vez que a cobrança desse tributo encerrou-se em 31/12/2007"*; b) *"incidência de alíquota de 13,3% (treze vírgula três por cento) como encargo de férias, quando, em princípio, o correto seria 11,11% (onze vírgula onze por cento), correspondente a 8,33% (oito vírgula trinta e três por cento) mais 2,78% (dois vírgula setenta e oito por cento), considerando o afastamento de trinta dias a cada período de doze meses mais o abono de férias de um terço da remuneração"*; c) *"incidência de alíquota de 8,5% (oito e meio por cento) relativa ao FGTS, uma vez que, de acordo com o § 2º do art. 2º da Lei Complementar 110/2001, o percentual do FGTS voltou ao patamar de 8% (oito por cento) a partir de 1º/1/2007"*; d) *"incidência em duplicidade do FGTS sobre o 13º salário, na medida em que esse item foi incluído no Grupo D 'incidência do FGTS s/ 13º Salário' além do item 'incidência do grupo A sobre os itens do grupo B', considerando que o FGTS está incluído no Grupo 'A' e o 13º salário no Grupo 'B'"*. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Licitação para execução de obras: 1 - Obrigação editalícia de o responsável técnico pela obra participar da visita técnica ao local do empreendimento

Relatório de auditoria realizada no Ministério das Cidades, referente aos recursos alocados ao *"Apoio a Sistemas de Abastecimento de Água em Municípios de Regiões Metropolitanas, de Regiões Integradas de Desenvolvimento Econômico, Municípios com mais de 50 mil Habitantes ou Integrantes de Consórcios Públicos com mais de 150 mil Habitantes"*, identificou como achado a *"Restrição à competitividade da licitação, decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento"*. Isso porque, nos editais das Concorrências n.os 166/2008, 167/2008, 168/2008 e 170/2008, realizadas pelo Governo do Estado do Acre, exigiu-se a apresentação de 'Atestado de Visita Técnica' emitido após visita ao local da obra/serviço pelo profissional integrante do quadro da empresa indicado como responsável técnico na licitação, em horário e data únicos, fixados no instrumento convocatório. Para a unidade técnica, a exigência de comprovação de que a licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para cumprimento das obrigações pertinentes ao certame tem amparo no inciso III do art. 30 da Lei n.º 8.666/1993, contudo *"extrapola tal preceito o requisito de que o próprio profissional a ser indicado na licitação como responsável técnico da obra deva ser o credenciado para a vistoria"*. Além disso, *"não se mostra razoável e não encontra abrigo na legislação o estabelecimento de vistoria no mesmo dia e horário para todos os credenciados, uma vez que esse procedimento, além de restringir a participação dos interessados, possibilita a ocorrência de ajustes entre os futuros licitantes."* Ao concordar com o entendimento da unidade técnica, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao Departamento Estadual de Água e Saneamento do Estado do Acre no sentido de que *"abstenha-se de estabelecer, em licitações que venham a contar com recursos federais, cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras [...], sendo suficiente a declaração do licitante de que conhece as condições locais para a execução do objeto"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.150/2008 e 1.174/2008, ambos do Plenário.

Acórdão n.º 1599/2010-Plenário, TC-000.274/2010-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 07.07.2010.

Licitação para execução de obras: 2 - Estipulação de BDI diferenciado para materiais de valor relevante que são objeto de simples intermediação por parte da empresa executora

Ainda como consequência da auditoria realizada no Ministério das Cidades, o relator considerou necessária a audiência dos responsáveis *"pelo recebimento dos projetos executivos, memoriais descritivos, especificações técnicas de serviços e orçamentos da Adutora CR Floresta/CR Portal, do Reservatório Apoiado da Penitenciária e da Adutora CR Portal/CR Penal, da Adutora CR Santo Afonso/ramal Amapá (objeto do Contrato n.º 118/2007)"*, haja vista terem *"atestado a adequação da documentação acima [...] com diversas deficiências"*, entre elas a estipulação do BDI de 20% para materiais de valor relevante, quando o máximo razoável, conforme jurisprudência do TCU, é de 10%, materiais esses que *"poderiam ter sido adquiridos em licitação separada e que são objeto de simples intermediação por parte da empresa executora"*. Ao enfatizar que, de fato, o TCU tem entendimento no sentido de que o BDI de materiais relevantes deve ser diferenciado, o relator fez alusão à recém-aprovada Súmula n.º 253, que assim dispõe: *"Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas – BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens."* Ao final, o relator ressaltou que, embora o responsável tenha efetuado a diferenciação, esta, consubstanciada na redução de 23,86% para 20%, *"não se mostrou adequada"*. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.600/2003, 1.020/2007, 1.599/2008 e 2.875/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1599/2010-Plenário, TC-000.274/2010-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 07.07.2010***.

Exigências de habilitação indevidas: 1 - Apresentação de carta de solidariedade do fabricante do equipamento

Denúncia oferecida ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência n.º 5/2007, realizada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Administração Regional do Mato Grosso (Senar/MT), destinada à contratação de empresa especializada em tecnologia de segurança eletrônica para fornecimento, instalação e ativação de um sistema integrado de vigilância nas dependências do edifício-sede daquele serviço social autônomo. No que concerne à exigência da denominada carta de solidariedade, por meio da qual o fabricante *"se responsabiliza solidariamente pela adequada execução do objeto"*, a unidade técnica destacou que o Tribunal, em outras ocasiões, manifestou-se no sentido de que não é lícita, em processo de licitação, a exigência do referido documento, por restringir o caráter competitivo do certame. Ressaltou, ainda, que *"no edital da Concorrência nº 5/2007, foi exigida a apresentação da carta de solidariedade que, pelas características técnicas solicitadas dos equipamentos, era fornecida (pelo fabricante) somente para seu revendedor local em caráter exclusivo, impedindo qualquer outra empresa estabelecida neste estado de fornecer o mesmo equipamento, por não poder ter acesso a esse documento. Portanto, no caso concreto, fica claro que a única empresa apta a obter a referida carta do fabricante era a própria [...] vencedora, já que ela é fornecedora exclusiva da indústria."*. Além de concordar com a unidade técnica, o relator considerou improcedente a alegação dos responsáveis de que tal exigência configuraria maneira de impedir a contratação de bens não garantidos pelo fabricante, porquanto o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seus arts. 12 e 18, estabelece claramente que os fornecedores dos produtos, aqui incluídos tanto o fabricante quanto o comerciante, são responsáveis solidários pelos defeitos e vícios dos produtos e serviços adquiridos pelos consumidores. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu alertar o Senar/MT para que, nas próximas licitações, *"abstenha-se de exigir, para fins de habilitação nas licitações realizadas, documentos não previstos no Capítulo V do seu Regulamento de Licitações e Contratos, como a carta/declaração de solidariedade"*. Precedentes citados: Acórdão n.º 1.373/2004-2ª Câmara; Acórdãos n.os 3.018/2009, 1.281/2009, 2.056/2008, 1.729/2008, 423/2007 e 539/2007, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1622/2010-Plenário, TC-016.958/2007-8, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 07.07.2010***.

Exigências de habilitação indevidas: 2 - Exigência de capital social mínimo junto com a prestação de garantia de participação no certame

Outra possível irregularidade apontada na Concorrência n.º 5/2007, promovida pelo Serviço Nacional de

Aprendizagem Rural – Administração Regional do Mato Grosso (Senar/MT), destinada à contratação de empresa para fornecimento, instalação e ativação de um sistema integrado de vigilância nas dependências do edifício-sede daquele serviço social autônomo, foi a exigência de capital social mínimo de forma concomitante com a garantia de participação na licitação. O relator anuiu à manifestação da unidade técnica, para a qual *"a jurisprudência do TCU é clara ao afirmar que a Administração não pode exigir, para a qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, a apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo junto com a prestação de garantia de participação no certame. [...] De acordo com as alíneas 'c' e 'd' do inciso III do art. 12 do Regulamento de Licitações e Contratos do Senar, existem três alternativas para que essa entidade se assegure de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o objeto licitado, quais sejam: capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantia. Nota-se que apenas uma das três alternativas supramencionadas seria o suficiente para resguardar o Senar/MT de eventuais danos ou prejuízos advindos de inadimplência ou dano causado pela empresa vencedora do certame. Portanto, não se justifica a exigência concomitante de capital social mínimo com as garantias previstas no art. 27 do Regulamento de Licitações e Contratos dessa entidade, o que torna tal atitude uma forma de frustrar a participação de potenciais licitantes."*. No que concerne a possível aplicação de sanção pecuniária, o relator registrou que essa medida não se mostrava razoável, *"posto que desproporcional às condutas dos agentes, que, apesar de equivocadas, não resultaram em grave ofensa às normais legais e regulamentares"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir tão somente alerta ao Senar/MT. Precedentes citados: Decisão n.º 1.521/2002-Plenário; Acórdãos n.os 701/2007 e 1.028/2007, ambos do Plenário; Acórdão n.º 1.039/2008-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 1622/2010-Plenário, TC-016.958/2007-8, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 07.07.2010***.

Exigências de habilitação indevidas: 3 - Declaração de que o responsável técnico indicado pela licitante participe permanentemente da execução do objeto

Outra suposta irregularidade indicada na Concorrência n.º 5/2007, realizada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Administração Regional do Mato Grosso (Senar/MT), destinada à contratação de empresa para fornecimento, instalação e ativação de um sistema integrado de vigilância nas dependências do edifício-sede daquele serviço social autônomo, foi a exigência editalícia de que o profissional indicado pela licitante para fim de comprovação de capacitação técnica deveria apresentar declaração de que participaria permanentemente da execução do objeto, sem ter sido demonstrado que *"os motivos dessa exação eram tecnicamente justificáveis e indispensáveis à habilitação das licitantes e, ainda, pertinentes ao objeto licitado, de modo a não configurar restrição ao caráter competitivo do certame"*. De acordo com a unidade técnica, não merecia prosperar a justificativa de que tal exigência *"se constituía em um meio suplementar de garantia para a contratante, tendo em vista que, para evitar riscos, a entidade, o Senar/MT poderia se utilizar dos meios legais previstos no art. 32 do Regulamento de Contratos e Licitações."*. Para o relator, no entanto, não restou devidamente configurada *"ofensa aos dispositivos regulamentares ou aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios"*, cabendo o acolhimento das justificativas apresentadas pelos responsáveis, uma vez que a exigência *"não configura restrição ao caráter competitivo da Concorrência n.º 4/2007, pois não se vislumbra, no caso concreto, a inibição à eventual substituição por profissional de competência equivalente, desde que previamente aprovada pela administração da entidade"*. O Plenário anuiu à manifestação do relator. ***Acórdão n.º 1622/2010-Plenário, TC-016.958/2007-8, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 07.07.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Inovações do Decreto n.º 7.174/2010 quanto ao exercício do direito de preferência

Representação formulada ao TCU indicou possíveis omissões no edital do Pregão Eletrônico n.º 964/2010, promovido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), tendo por objeto a *"locação de um no-break trifásico e um grupo gerador trifásico, para alimentar e proteger as cargas ligadas à chave estática do bloco 1D da entidade, por um período de 12 meses"*. Entre as supostas omissões no instrumento convocatório, a representante destacou a "*falta de regra para exercício do direito de preferência do produto nacional nas compras de bens de informática e automação, no tocante à preferência da ME e EPP"*. No que tange à preferência de microempresas e empresas de pequeno porte (ME/EPP), o relator considerou indevido o questionamento da representante, haja vista que o edital *"disciplinou tal prerrogativa à luz do Capítulo V da Lei Complementar n.º 123/2006"*. Já quanto à alegada falta de regra para o exercício do direito de

preferência dos produtos nacionais, o relator entendeu assistir razão à representante, isso porque o objeto do pregão tratava de prestação de serviço correspondente à disponibilização de gerador e *no-break*, acrescidos das atividades necessárias para assegurar o regular funcionamento dos equipamentos, sendo, pois, *"obrigatória a preferência descrita no art. 3º da Lei nº 8.248/91"*. Todavia, nos termos do art. 8º do Decreto n.º 7.174/2010, *"o exercício do direito de preferência será concedido, em primeiro lugar, para as ME/EPP dispostas no supramencionado Capítulo V da Lei Complementar nº 123/2006 (inciso I). Apenas depois é que se aplicam as regras de preferência nos termos do disposto no art. 3º da Lei nº 8.248/91, quando existirem fornecedores de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país cuja proposta seja até 10% acima da melhor proposta válida (incisos II, III e IV)."*. Compulsando os autos, o relator constatou que as únicas propostas no intervalo de até 10% acima do melhor preço eram de empresas também enquadradas como ME/EPP. Assim sendo, acrescentou ele, *"as melhores propostas são de empresas que se enquadram no Capítulo V da Lei Complementar nº 123/2006, atendendo ao contido no art. 8°, inciso I, do Decreto nº 7.174/2010"*. Portanto, a ausência da previsão de preferência para fornecedores que utilizam tecnologia nacional, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.248/91 e do art. 8º, incisos II, III e IV, do Decreto n.º 7.174/2010, *"não alterou, no caso concreto, o resultado da licitação"*. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu considerar parcialmente procedente a representação e *"alertar o Serpro - Regional São Paulo"* acerca da *"falta de regras no edital do Pregão Eletrônico nº 964/2010 para o exercício do direito de preferência dos produtos nacionais"*. ***Acórdão n.º 4056/2010-1ª Câmara, TC-016.408/2010-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 06.07.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Contratação emergencial decorrente da desídia administrativa

Representação oferecida ao TCU apontou possíveis irregularidades na *"contratação emergencial de empresa para prestação de serviços de gestão de sistemas de informação pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM"*. O Diretor-Geral e o Diretor de Administração foram chamados em audiência, em razão da suposta *"não adoção de providências cabíveis para que fosse promovido o procedimento licitatório com a devida antecedência, o que teria evitado duas contratações emergenciais consecutivas da empresa Montana Soluções Corporativas Ltda. e, posteriormente, da empresa CPM Braxis, para a prestação de serviços técnicos especializados em informática"*. A unidade técnica propôs a rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis, com a consequente aplicação de multa, por entender que a situação de emergência teria resultado, na verdade, da morosidade na condução do certame, o que acarretara as contratações emergenciais. Em seu voto, o relator frisou que a proposta da unidade instrutiva baseava-se *"em antiga jurisprudência deste Tribunal, Decisão n.º 347/94 – Plenário, segundo a qual a dispensa de licitação é cabível desde que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis"*. No entanto, o relator chamou a atenção para o fato de que *"a jurisprudência desta Corte de Contas evoluiu, mediante Acórdão n.º 46/2002 – Plenário"*, no sentido de que também é possível a contratação direta quando a situação de emergência decorre da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, devendo-se analisar, para fim de responsabilização, a conduta do agente público que não adotou, tempestivamente, as providências cabíveis. No caso concreto, acerca da responsabilidade dos gestores, o relator entendeu que não se deveria atribuir-lhes culpa por eventual demora, uma vez que os processos de licitação abertos com vistas a contratar os referidos serviços não lograram êxito por motivos alheios às atribuições funcionais dos responsáveis. Na verdade, o DNPM se viu obrigado a anular tais certames, em virtude de decisões proferidas ou pelo Poder Judiciário ou pelo TCU ou por decisão do próprio órgão, haja vista a presença de vícios insanáveis. Também com base nas informações prestadas pelos gestores e nos documentos constantes dos autos, o relator não vislumbrou qualquer intenção do DNPM, ao realizar os contratos emergenciais em comento, de privilegiar determinada empresa, haja vista a alternância das contratações. Ao final, divergindo do entendimento da unidade técnica no sentido de sancionar os gestores chamados em audiência, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 3521/2010-2ª Câmara, TC-029.596/2008-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 06.07.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: ***infojuris@tcu.gov.br***

Sessões: 13 e 14 de julho de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Pregão eletrônico: 1 – Registro, no Sicaf, das sanções aplicadas por órgãos ou entidades não integrantes do SISG e que optaram por ter registro próprio
Levantamento de auditoria realizado na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão teve por objetivo conhecer o conjunto de sistemas informatizados que compõem ou subsidiam o portal www.comprasnet.gov.br, no qual são realizados os pregões eletrônicos dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg). Um dos seus módulos é o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf. Ao apreciar o relatório produzido pela equipe de auditoria, o relator destacou em seu voto que o Sicaf "*não contempla o registro de ocorrências, a exemplo das impeditivas de contratar, de órgãos ou entidades não integrantes do Sisg e que optaram por ter cadastro próprio, nos termos da Lei nº 8.666/93, art. 34, § 2º. O fato possibilita a contratação de pessoa impedida de licitar e contratar com a Administração Pública, a exemplo das sanções previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93"*. Em razão disso, o relator propôs e o Plenário determinou à SLTI que *"...de modo a evitar que fornecedores impedidos possam ser habilitados em pregões eletrônicos, inclua, no prazo de noventa dias, mecanismo no sistema Comprasnet que avise aos pregoeiros, oportunamente, caso empresas vencedoras da fase competitiva do pregão possuam registro de suspensão ou impedimento, de acordo com os registros do Sicaf"*. ***Acórdão n.º 1647/2010-Plenário, TC-012.538/2009-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 14.07.2010***.

Pregão eletrônico: 2 – Segregação de funções: pregoeiro *versus* homologador do certame
Ainda no que se refere ao levantamento de auditoria realizado na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com o objetivo de conhecer o conjunto de sistemas informatizados que compõem ou subsidiam o portal www.comprasnet.gov.br, no qual são realizados os pregões eletrônicos dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), a equipe de auditoria destacou a possibilidade de atribuição simultânea, a um usuário do Comprasnet, dos perfis 'pregoeiro' e 'homologador'. Todavia, o usuário homologador *"é aquele que decide os recursos não acatados pelo pregoeiro e, neste caso, o responsável pela adjudicação do objeto da licitação"*. Para a equipe de auditoria, portanto, não caberia o acúmulo de tais atribuições, pregoeiro e homologador, em um

mesmo certame, tendo em conta as atribuições deste último agente, em face de diversos dispositivos legais. Desse modo, a equipe propôs determinação à SLTI que incluísse regra de negócio no Comprasnet que "*impossibilite que, para um dado certame, um mesmo usuário atue como pregoeiro e como autoridade competente*". A proposição, acolhida pelo relator em suas razões de decidir, foi aprovada pelo Plenário do Tribunal. ***Acórdão n.º 1647/2010-Plenário, TC-012.538/2009-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 14.07.2010***.

Pregão para contratação de serviços: 1 - Microempresas e empresas de pequeno porte: enquadramento e responsabilização por informações inverídicas

Representação de licitante relatou indícios de irregularidades na condução dos Pregões Eletrônicos n^os^ 84/2009, 86/2009 e 91/2009, realizados pela Diretoria de Administração do Campus da Fundação Oswaldo Cruz – DIRAC/Fiocruz, para prestação de serviços de impermeabilização, de reparos na cobertura de pavimentos e de engenharia elétrica. De acordo com o relator, a principal das possíveis irregularidades apontadas seria o enquadramento da licitante vencedora dos pregões 84 e 86/2009, na condição de micro ou pequena empresa, sem que tenha sido comprovada adequadamente esta condição, e, consequentemente, a utilização, em favor dessa empresa, do benefício da aplicação dos arts. 44 e 45, inciso I, da Lei Complementar 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – como critério de desempate entre as propostas. Ao acolher como razões de decidir a análise da unidade técnica responsável pela instrução do processo, o relator destacou que, nos termos do art. 11 do Decreto 6.204/2007, que regulamentou o aludido Estatuto, o enquadramento como micro e pequena empresa nas contratações públicas federais é ato declaratório por parte destas, uma vez que *"cabe à empresa declarar sua situação, responsabilizando-se por informações inverídicas porventura prestadas"*... Aduziu o relator que, no caso concreto, encerrada a fase de lances, a Dirac/Fiocruz buscou, diligentemente, no sítio da Receita Federal, informações complementares que confirmassem a situação declarada pelas empresas, o que, de fato, se confirmou. Observou ainda o relator que "*O fato de não possuir em sua firma ou denominação as expressões 'Microempresa' ou 'Empresa de Pequeno Porte', ou suas respectivas abreviações, 'ME' ou 'EPP', nos termos do art. 72 da Lei Complementar, não a desqualifica como tal. Constam do art. 3º da Lei Complementar as definições e condições para enquadramento das empresas na situação pretendida, não sendo sua nomenclatura, na forma apontada, um destes requisitos".* Com esses fundamentos, o relator, em relação a esse ponto da Representação, votou pela revogação da cautelar que havia sido anteriormente deferida, permitindo, assim, a continuidade dos procedimentos administrativos, no que foi acompanhado pelos demais membros do Tribunal. ***Acórdão n.º 1650/2010-Plenário, TC-000.185/2010-8, rel. Min. Aroldo Cedraz, 14.07.2010.***

Pregão eletrônico: 2 – Manifestação do intuito de recorrer por parte de licitante

Ainda no que se refere à representação que relatou indícios de irregularidades ocorridas na condução dos pregões eletrônicos n^os^ 84/2009, 86/2009 e 91/2009, realizados pela Diretoria de Administração do Campus da Fundação Oswaldo Cruz – DIRAC/Fiocruz, para prestação de serviços de impermeabilização, de reparos na cobertura de pavimentos e de engenharia elétrica, a unidade técnica destacou que "*... o interessado em recorrer deve se restringir a manifestar a sua intenção de fazê-lo, não sendo necessário, desde logo, a indicação dos fundamentos do recurso, uma vez que o participante do pregão eletrônico, em razão de suas características, não tem acesso material e visual aos documentos apresentados pelos demais competidores, não sendo, portanto, 'admissível impor a regra do exaurimento das razões recursais por ocasião do término da sessão da licitação'"*. O relator, em seu voto, realçou que *"Não se confunde a intenção de recorrer com a efetiva interposição de recurso, a ser concretizada em 3 dias, quando deverão ser apresentadas suas razões recursais"*. Afirmou ainda ser "*importante ressaltar que os atos do pregoeiro não trouxeram prejuízo para a administração ou para o licitante, tendo em vista que o exame dos recursos não teria o condão de alterar o resultado dos certames*", razão pela qual considerou injustificada a proposta de aplicação de multa que havia sido formulado pelo Auditor Federal de Controle Externo que analisou originariamente o processo. Ao fim, o relator votou pela procedência parcial da representação, o que recebeu a concordância do Plenário do Tribunal. Precedente citado: Acórdão n.º 1619/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 1650/2010-Plenário, TC-000.185/2010-8, rel. Min. Aroldo Cedraz, 14.07.2010.***

Conceito de licitações sucessivas e simultâneas: necessidade de promoção da audiência pública do art. 39 da Lei 8.666, de 1993.

Em denúncia formulada ao Tribunal foi apontada, dentre outras irregularidades, a não realização de audiência pública, quando esta seria obrigatória, na visão do denunciante, em razão do caráter simultâneo e

similar das licitações objeto da denúncia, qual seja, Agências de Correios Franqueadas – AGF. Em sua análise, a unidade técnica, para efeito dos conceitos constantes do art. 39 da Lei 8.666 de 1993, consignou que "*Não restam dúvidas de que os valores envolvidos para o conjunto das licitações em questão são elevados, mas esse não é o ponto mais importante para responder a questão. Antes disso, é preciso saber se estão presentes os critérios de simultaneidade previstos no parágrafo único do mesmo artigo. Nesse aspecto, carece de fundamento o argumento do denunciante: cada agência objeto de contratação de franquia postal, como demonstrado pela ECT, possui, em razão de sua localização, natureza singular, expressa, por exemplo, em diferentes expectativas de receitas e volumes de investimentos, o que afasta a ocorrência de licitações simultâneas por ausência de objeto similar. Uma AGF localizada em Brasília não se confunde de qualquer forma com uma AGF localizada em São Paulo, por exemplo"*. De sua parte, o relator enfatizou que *"Embora parecidos, os objetos licitados não são similares, para fins de se caracterizar a simultaneidade prevista no parágrafo único do art. 39 da Lei n.º 8.666/93"*, uma vez que *"cada franquia licitada, em razão de sua localização, tem natureza singular, expressa, como alegou a ECT, em diferentes expectativas de receitas e volumes de investimentos, de modo que, definitivamente, não poderiam ser objeto de uma única contratação, o que descaracteriza, assim, a simultaneidade alegada"*. Ao fim, o Plenário, com base no voto do relator, julgou a improcedente a denúncia formulada. ***Acórdão n.º 1695/2010-Plenário, TC-002.154/2010-2, rel. Min. José Jorge, 14.07.2010.***

Contratos "guarda-chuvas": ausência de parcelamento do objeto

Representação formulada ao TCU noticiou possíveis irregularidades envolvendo contratos celebrados pelo Município de Aparecida de Goiânia para a execução de obras previstas em contratos de repasse celebrados entre a União e o Estado de Goiás. Conforme a unidade técnica, o gestor municipal utilizou-se de contratos decorrentes de concorrências realizadas para a execução de obras de saneamento municipais em dezenas de bairros do município, sem parcelamento dos respectivos objetos, ainda que por lotes, e separados por localidades ou bairros, ou regiões, em contrariedade à Lei e à jurisprudência dominante do TCU. Em seu voto, o relator destacou que *"o aproveitamento de contratos preexistentes, por si só, não configura irregularidade, tendo em vista a possibilidade de aporte de recursos para parte de projeto ou obra já em andamento..."*. Todavia, ainda conforme o relator, *"os contratos objeto das concorrências realizadas pelo município apresentam escopo de obras bastante amplo, geograficamente distribuídas por diferentes bairros, com possibilidade, inclusive, de acréscimo de novos, não previstos originariamente nos instrumentos, de forma que se apresenta confrontante com as disposições dos arts. 3º, 6º, inciso IX, e 7º, caput, e § § 1º e 2º, da Lei 8.666/93"*. Desse modo, concluiu o relator que o parcelamento do objeto era possível e poderia aumentar a competitividade da licitação, em razão da redução das exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, proporcionais à parcela da obra que deveria ser executada. Em consequência, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir alerta à Prefeitura de Aparecida de Goiânia para que, em futuras licitações, seja feita a divisão do objeto licitado em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala. ***Acórdão n.º 1644/2010-Plenário, TC-009.804/2009-8, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 14.07.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Procedimento licitatório simulado: responsabilidades dos membros da comissão de licitação.

A ocorrência de simulação de procedimento licitatório enseja a apenação dos membros da comissão de licitação com a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei Orgânica do Tribunal. Essa foi a conclusão do relator ao analisar diversas irregularidades verificadas em sede de Tomada de Contas Especial, resultante da conversão de denúncia, a qual apontou inúmeras possíveis irregularidades na execução de convênio firmado com município. Dentre as irregularidades, várias seriam imputáveis aos membros da comissão de licitação, tais como inveracidade de notas fiscais, inveracidade de processo licitatório, propostas com idêntica padronização gráfica ou visual e outras. A unidade técnica, ao analisar os argumentos apresentados pelos membros de comissão de licitação, ressaltou que *"Dentre as atribuições legais da Comissão de Licitação estabelecidas no art. 6º, inciso XVI, da Lei 8.666/96 está a de '...receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos à licitação...'. Evidentemente, que uma das razões desse exame previsto em lei é evitar fraude à licitação para que esta possa cumprir sua finalidade legal"...* Desse modo, caberia à comissão, ainda de acordo com a unidade técnica, *"realizar esse exame comparativo entre as propostas para detectar possíveis indícios de conluio e/ou outras tentativas de fraude"*. Ao manifestar sua

anuência às análises procedidas pela unidade instrutiva, o relator consignou que as irregularidades foram "*consubstanciadas em robustos indícios de simulação de procedimento licitatório*". Ao fim, o relator, em razão das irregularidades, propôs aplicação de multa aos membros da comissão de licitações, o que foi acolhido pela 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 3705/2010-2ª Câmara, TC-009.987/2006-1, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 13.07.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 20 e 21 de julho de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratação para fornecimento de lanches, refeições e coquetéis*:* necessidade de alinhamento às finalidades da instituição

Em razão de diversas irregularidades detectadas anteriormente, em sede de processo de denúncia, vários responsáveis do Conselho Regional de Administração no Estado do Rio de Janeiro – CRA/RJ - intentaram recurso de reconsideração junto ao Tribunal. Uma das irregularidades discutidas no recurso referia-se à contratação de fornecimento de lanches, refeições e coquetéis. No entender do relator, "*gastos com lanches ou coffee breaks oferecidos durante eventos, seminários ou reuniões realizados no âmbito de um órgão ou entidade, por vezes, são justificáveis, pois relacionados às atividades do órgão*". Todavia, no caso

examinado, o relator, citando o relator do acórdão recorrido, enfatizou que *"além do fornecimento de refeições diárias para os seus empregados, contratou-se o fornecimento diário não só de água, café e lanches, mas de jantares semanais para os participantes das reuniões do Conselho, de festas de fim de ano, com cardápio especial, de garçons para servir, entre outros. Trata-se, portanto, de duas contratações totalmente dissociadas dos objetivos do CRA/RJ e pagas com recursos do Conselho, o que fere o princípio da legalidade*". Assim, por entender que esta e as demais irregularidades detectadas anteriormente continuaram não elididas, o relator, com a anuência do Plenário, negou provimento aos recursos de reconsideração. ***Acórdão n.º 1730/2010-Plenário, TC-000.303/2010-5, rel. Min. Benjamin Zymler, 21.07.2010.***

Licitação de obra rodoviária: ausência de estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira do empreendimento

Em levantamento de auditoria relacionado à Concorrência Pública - Edital nº 0142/2010-17, cujo objeto é a contratação de empresa para execução de serviços de atualização do projeto executivo de engenharia para implantação e pavimentação da Rodovia BR-484/ES, subtrecho Serra Pelada-Itarana, com extensão de 34,2 Km, o relator, em sede cautelar, determinou ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) a imediata suspensão do processo licitatório em curso em razão de potenciais irregularidades detectadas. Uma dessas irregularidades seria a *"realização de procedimento licitatório para contratação dos referidos serviços de atualização de projeto executivo sem a prévia realização de estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira do empreendimento, com afronta aos comandos contidos no inciso IX do art. 6º e art. 12 da Lei 8.666/1993 e no § 4º do art. 10 da Lei 11.653/2008"*. A unidade técnica, ao examinar o assunto, registrou informação prestada pela Superintendência Regional do DNIT, de que "*a obra não necessitaria de estudos de viabilidade técnica e econômico-finaneira, haja vista tratar-se de obra remanescente do Convênio PG-105/98-DNER/DER"*. Destacou a unidade técnica, ainda, que praticamente toda a rodovia, objeto da licitação examinada, cortará terrenos particulares, atravessando *"uma região extremamente acidentada e montanhosa, com altitudes acima dos 1.000 m"*. De sua parte, o relator observou que as circunstâncias materiais, ressaltadas pela equipe de auditoria, evidenciaram que os estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira seriam especialmente importantes, uma vez que *"praticamente toda extensão da rodovia BR-484/ES está situada em áreas particulares, o que demanda a implementação de desapropriações"*, e, além disso, *"a rodovia atravessa região muito acidentada, o que impacta severamente o custo da obra"*. Ainda para o relator, *"É possível que tais estudos apontem para solução distinta da que foi delineada originalmente"*. Todavia, divergiu o relator quanto à classificação da irregularidade, pois, para ele, "*... a falta de estudos de viabilidade técnica e econômica merece ser classificada como irregularidade grave com proposta de paralisação (IG-P). E não como outras irregularidades (OI). Isso porque se enquadra na hipótese do art. 94, § 1º, inciso IV, da Lei nº 12.017/2009"*. O Plenário referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-015.254/2010-0, rel. Min. Benjamin Zymler, 21.07.2010.***

Pregão para contratação de fornecimento de vales-alimentação: 1 – Exigência de apresentação da rede de estabelecimentos credenciados na fase de habilitação

Representação de licitante relatou possíveis irregularidades no Pregão Sebrae/GO nº 6/2010, conduzido pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de Goiás – Sebrae/GO, com o objetivo de contratar empresa especializada no fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição, através de cartão magnético, para os colaboradores da entidade. Uma delas seria a exigência de apresentação da rede dos estabelecimentos credenciados na fase de habilitação do certame. Para a representante, tal exigência feriria o princípio da competitividade. Além disso, ainda conforme a representante, ao obrigar a licitante a apresentar a rede de credenciados, o Sebrae estaria obrigando-a a se responsabilizar por ato de terceiro. Como a rede de credenciados seria essencialmente dinâmica, as empresas licitantes não poderiam oferecer qualquer garantia com relação a tanto. A representante alegou, ainda, que o correto seria exigir da licitante vencedora a apresentação da rede em prazo razoável, nunca antes do certame. Ao examinar o assunto, o relator entendeu, no caso concreto, ser cabível tal exigência, uma vez que *"Tal condição busca garantir aos beneficiários o mínimo de segurança quanto à prestação do serviço. Permitir que empresas sem uma rede mínima devidamente comprovada participassem da licitação poderia inviabilizar a oferta do benefício"*. Além disso, o relator consignou que *"...não foi exigido no edital do pregão quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados, e sim que cada licitante apresentasse previamente a relação de rede de estabelecimentos nos municípios onde o Sebrae/GO possui estrutura física dotada de colaboradores que atuam na região"*. Com

esses fundamentos, o Plenário acompanhou o voto do relator, pela procedência parcial da representação, com a expedição de determinações corretivas ao Sebrae**. *Acórdão n.º 1757/2010-Plenário, TC-010.523/2010-3, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010.***

Pregão para contratação de fornecimento de vales-alimentação: 2 – Admissão de taxa negativa de administração

Ainda no que se refere à representação de licitante que relatou possíveis irregularidades no Pregão Sebrae/GO nº 6/2010, conduzido pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de Goiás – Sebrae/GO, com o objetivo de contratar empresa especializada no fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição, por meio de cartão magnético, para os colaboradores da entidade, também seria irregular, para a representante, a vedação editalícia de que a taxa de administração fosse negativa, uma vez que a renda obtida pelo particular em decorrência do serviço licitado proviria de diferentes fontes, não se restringindo à taxa de administração. Em seu voto, o relator destacou a providência do Sebrae/GO de determinar o cancelamento do pregão, com o intuito de adequar a licitação à jurisprudência do TCU que admite a taxa negativa em licitações para a contratação de serviços de fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a representação e expediu determinações corretivas ao Sebrae**. *Acórdão n.º 1757/2010-Plenário, TC-010. 523/2010-3, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010.***

Contratação de serviços por dispensa de licitação: 1 - Pesquisa de preços com pelo menos três cotações válidas

Denúncia formulada ao TCU indicou irregularidades na realização de coleta de preços, no âmbito da Companhia Docas do Espírito Santo – Codesa, para a contratação direta de serviços de diagramação e editoração do balanço de 2003 da empresa, para fins de publicação no Diário Oficial e em sítio da internet**.** A primeira das irregularidades seria a existência de vícios na condução, autorização e homologação de pesquisa de preços nos exercícios de 2004 e 2008. A esse respeito, a unidade técnica expôs que *"Essa Corte de Contas vem defendendo, de forma reiterada, que a consulta de preços junto ao mercado, nos casos de dispensa de licitação, deve contemplar, ao menos, três propostas válidas..."*. O relator, acolhendo a manifestação da unidade técnica, votou pela procedência da denúncia e expedição de determinação à Codesa no sentido de que, *"faça constar dos processos de contratação direta, inclusive por meio de licitação com base no art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, pesquisa de preços de mercado, no número mínimo de três cotações válidas, elaborados por empresas do ramo, com identificação do servidor responsável pela consulta, conforme iterativa jurisprudência deste Tribunal"*. O Plenário, por unanimidade, acompanhou o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos nº 1.545/2003-1ª Câmara – Relação nº 49/2003; nº 222/2004-1ª Câmara e nº 2.975/2004-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 1782/2010-Plenário, TC-003.971/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010.***

Contratação de serviços por dispensa de licitação: 2 - Prova de regularidade perante o INSS e o FGTS

Ainda no que se refere à Denúncia formulada ao TCU que indicou irregularidades na realização de coleta de preços no âmbito da Companhia Docas do Espírito Santo – Codesa, para a contratação direta de serviços de diagramação e editoração do balanço de 2003 da empresa, para fins de publicação no Diário Oficial e em sítio da internet, foi informada pelo denunciante a dispensa indevida de comprovação de regularidade da contratada para com o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS - e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, contrariando jurisprudência do TCU. Um dos responsáveis alegou, em sua defesa, que norma interna da Codesa demandava apenas **"***verificação de regularidade junto ao Cadin, não fazendo qualquer menção à certidão de INSS e FGTS, que, sob sua ótica, seriam itens obrigatórios para licitação, desconhecendo sua exigência nos casos de contratação direta"*. Em sua análise, a unidade instrutiva, ao rejeitar os argumentos do responsável, registrou a existência de normas constitucionais (*caput* e § 3º do art. 195 da Constituição Federal de 1988) e legais (art. 2º da Lei 9.012 de 1995) que exigem prova de regularidade perante o INSS e o FGTS como condição para a contratação direta. Além disso, ainda conforme a unidade técnica, *"A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a regularidade junto ao INSS e ao FGTS é condição necessária a ser observada, inclusive nos casos de contratação direta"*. O relator acolheu a manifestação da unidade técnica e votou pela procedência da denúncia, expedição de determinação corretiva à Codesa e levantamento do sigilo dos autos, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedentes citados: Decisão nº 705/1994; Acórdãos nº 1.467/2003 e nº 361/2007, todos do Plenário do TCU. ***Acórdão n.º 1782/2010-Plenário, TC-003.971/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010.***

Licitação para contratação de prestação serviços: 1 - Detalhamento inadequado do objeto

Representação de licitante informou ao Tribunal possíveis irregularidades na Concorrência nº 006/2010, sob a responsabilidade da Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo - Ceagesp, cujo objeto é a contratação de serviços de coleta seletiva conteinerizada, reciclagem, compostagem, transbordo, transporte e destinação final de resíduos provenientes das áreas de operação e comercialização de produtos situados dentro do Entreposto Terminal de São Paulo. Uma das alegações da representante seria a obscuridade na descrição do objeto da licitação. Ao analisar o fato, a unidade técnica consignou, quanto ao objeto da licitação, que o *"edital juntado a este processo pela representante realmente não apresenta qualquer detalhamento*". Após tratar, ilustrativamente, da impropriedade quanto à descrição de um dos itens do objeto, registrou a unidade instrutiva que não haveria sequer projeto básico a orientar a licitação. Para a unidade técnica, *"... Segundo o artigo 7°, §2°, I, da lei 8.666/93, as obras e os serviços de engenharia só podem ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório. A utilização da expressão 'projeto **básico**' leva muitos gestores a licitarem as obras e os serviços de engenharia com base em anteprojetos, pouco detalhados. No presente caso, sequer existe o anteprojeto (ou, se existe, não foi apresentado)"*. Ao concordar com o exame da unidade da técnica, o relator registrou que "*Não há informações suficientes no edital para a formulação das propostas. Não só existe falha quanto ao detalhamento do serviço de adequação técnica, manutenção e operação de transbordo, mas também quanto ao de todos os demais itens da Planilha de Preços e Quantitativos Estimados*". Ainda para o relator, a situação "*... fere o art. 6º, IX, alínea "f", da Lei n.º 8.666, de 1993, que estabelece que o projeto básico deve incluir 'orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados'. É certo, entretanto, que o termo 'detalhamento' utilizado não está objetivamente definido, para efeito de aplicação do dispositivo, naquela lei. Mas isso não impede a aplicação adequada deste preceito legal*". Ao tratar da finalidade do detalhamento do objeto, o relator manifestou que a aplicação de tal regra *"... permite verificar se o orçamento estimado considera todos os componentes do serviço pretendido e facilita o acompanhamento da execução do contrato. Permite ainda que os licitantes compreendam exatamente as obrigações que serão assumidas pelo vencedor do certame e elaborem suas propostas e que estas sejam analisadas quanto à compatibilidade dos preços apresentados. Por fim, possibilita os cálculos dos reajustes que se fizerem necessários para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro"*. Ao fim, o relator determinou cautelarmente à Ceagesp que não desse continuidade à Concorrência nº 006/2010, por entender procedentes, neste ponto, as alegações da representante. O Plenário referendou a decisão do relator. Precedentes citados: Acórdãos 67/2002, 2462/2007 e 2522/2008, todos do Plenário. ***Decisão monocrática no TC-017.914/2010-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010.***

Licitação para contratação de prestação de serviços: 2 - Uso obrigatório do pregão para contratação de serviços comuns

Ainda na decisão monocrática relativa à Concorrência nº 006/2010, sob a responsabilidade da Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo -Ceagesp, cujo objeto é a contratação de serviços de coleta seletiva conteinerizada, reciclarem, compostagem, transbordo, transporte e destinação final de resíduos provenientes das áreas de operação e comercialização de produtos situados dentro do Entreposto Terminal de São Paulo, o relator ressaltou outra possível irregularidade, desta feita relativa à definição da modalidade aplicável à contratação. Para o relator "*O objeto licitado pode ser incluído na categoria de bens e serviços comuns, especificada pela Lei n.º 10.520, de 2002, e pelo Decreto n.º 5.450, de 2005. Deveria, portanto, ser licitado por meio de pregão, conforme a jurisprudência do Tribunal sobre o tema*". Após evidenciar os normativos que ordenam o assunto, o relator entendeu que os serviços pretendidos pela Ceagesp são comuns e, portanto, devem ser licitados por intermédio de pregão. Assim, apesar de não alegado pela representante, o relator determinou a oitiva da Ceagesp para que se pronunciasse quanto ao "*motivo por que a modalidade de licitação escolhida não foi "pregão", visto que seu objeto inclui-se na categoria 'serviço comum', conforme estabelecido no art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002*". Ao final, o relator determinou cautelarmente à Ceagesp que não desse continuidade à Concorrência nº 006/2010 até o julgamento de mérito da questão pelo Tribunal. O Plenário referendou a decisão do relator. Precedentes citados: Acórdãos 265/2010, 767/2010 e 872/2010, todos do Plenário ***Decisão monocrática no TC-017.914/2010-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010.***

Fracionamento indevido das despesas, possibilitando a dispensa de licitação ou o uso de modalidade inferior à legalmente exigida

Ao examinar prestação de contas da Casa da Moeda do Brasil, referente ao ano de 2002, unidade técnica do TCU detectou potenciais irregularidades relacionadas a licitações promovidas pela entidade, dentre elas o fracionamento injustificado de despesas realizadas para aquisição de diversos itens como borracha-lençol, filme plástico autoadesivo, material elétrico, formulário contínuo e outros materiais de informática, ferramentas, tinta rotogravura, solventes, papel apergaminhado, papel calibrado e outros. Após a oitiva dos responsáveis, a unidade técnica, ao analisar o argumento apresentado de que "*o fracionamento é tolerado e legalmente preferível porque amplia a competitividade e preserva a economia de escala",* entendeu ser este inadmissível nas contratações em análise, uma vez que "*A Lei nº 8.666/1993, no art. 23, § 1º, permite o parcelamento do objeto da licitação quando esse for de natureza divisível, ou seja, a administração divide o objeto em parcelas para aproveitar as peculiaridades e os recursos disponíveis, porém, as contratações são executadas simultaneamente".* Para a unidade técnica, o que ocorreu, nas situações examinadas, foi que "*não houve parcelamento, mas sim o fracionamento das despesas, visto que, no exercício, à medida da necessidade, alguns insumos/bens às vezes eram adquiridos em um único mês por várias vezes e de empresas distintas".* A unidade responsável pela instrução afirmou, ainda, que se fragmentaram "*as aquisições de bens/insumos para ajustá-las aos limites permitidos no art. 24 e incisos da Lei nº 8.666/1993*", e que a "*... fragmentação das contratações, possibilitou a utilização de modalidade de licitação inferior àquela exigida pelo total da despesa no ano*". No voto, o relator, ao concordar com as análises da unidade técnica, esclareceu que "*por não existir vedação legal para que o objeto licitado seja dividido, a realização de vários procedimentos, por si só, não caracteriza o fracionamento indevido da despesa*", desde que se preserve a modalidade de licitação pertinente para o total de aquisições do exercício. Assim, ainda conforme o relator, não haveria possibilidade de se afastar a responsabilidade dos gestores da entidade pelo fracionamento indevido das despesas, bem como por outras irregularidades ocorridas na área de licitações e contratos. Consequentemente, votou pela rejeição das razões de justificativa, julgamento pela irregularidade das contas, aplicação de multa aos gestores e expedição de diversas determinações corretivas à entidade jurisdicionada, no que foi acompanhado pelo Plenário do Tribunal. Precedentes citados: Acórdãos nº 85/1999 e nº 125/2000, ambos do Plenário; Acórdão nº 93/1999- 1ª Câmara; Acórdãos nº 88/2000, nº 313/2000, nº 335/2010, todos da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 1760/2010-Plenário, TC-013.749/2003-1, rel. Min. José Múcio Monteiro, 21.07.2010.***

Restrições à competitividade: exigência, para fins de comprovação da qualidade do café a ser fornecido, de certificado emitido pela ABIC

Em processo de representação, o relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando a suspensão, pela Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em Santos-SP, do processo de contratação realizado por meio do Pregão Eletrônico nº 7/2010, cujo objeto é a aquisição de café. A representante alegou ser *"ilegítima a exigência de certificado emitido pela Associação Brasileira da Indústria do Café (ABIC) para a comprovação da qualidade do produto, por configurar restrição indevida à competitividade"*. Para a unidade técnica *"a questão central é o fato de a exigência para apresentação do selo da ABIC restringir indevidamente o caráter competitivo do certame"*. O relator registrou que o Tribunal, em decisões recentes, concluiu *"ser possível a comprovação da qualidade do café por meio de laudo de análise emitido por um dos laboratórios credenciados pela Rede Brasileira de Laboratórios Analíticos de Saúde (habilitados para realizar ensaios em produtos sujeitos à Vigilância Sanitária)"*. Informou o relator que o precedente do Tribunal teve por fundamentos o *"art. 5º, inciso XX, da Constituição Federal (que dispõe que ninguém pode ser compelido a associar-se ou a permanecer associado), o art. 3º,* ***caput****, da Lei nº 8.666/1993 (que estabelece a licitação como meio de garantir a observância do princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração), bem como o art. 44 dessa mesma norma (que prevê que os critérios definidos no edital não podem contrariar as normas e princípios estabelecidos por aquela lei)"*. Assim, no caso paradigmático, o Tribunal determinou a órgão da Administração Direta federal que "*não inclua, nos editais para aquisição de café, a exigência de certificado de autorização ao uso do selo de pureza ABIC, devidamente válido, tendo em vista que somente empresas associadas à ABIC possuem o mencionado certificado, devidamente válido;*". Além disso, determinou ainda que "*permita a comprovação das características mínimas de qualidade exigidas para o café por meio de laudo de análise emitido por laboratório habilitado pela REBLAS/ANVISA*". Ao fim, por entender plausível o direito pleiteado pela representante, o relator, mediante decisão monocrática referendada pelo Plenário, determinou, cautelarmente, a suspensão do Pregão Eletrônico nº 7/2010, até que o Tribunal decida sobre o

mérito da questão levantada. Precedente citado: Acórdão nº 1.310/2010, da 1ª Câmara do TCU. ***Decisão monocrática no TC-019.176/2010-4, rel. Min. José Múcio Monteiro, 21.07.2010.***

Licitações e contratos de obras: 1 - Critério de aceitabilidade de preços
Em Relatório de Auditoria realizada nas obras de urbanização de favelas nas bacias dos córregos Cabaça e Segredo, localizadas no Município de Campo Grande/MS, foram detectadas diversas irregularidades pelo TCU, tanto nas licitações, quanto nos contratos relacionados. A primeira irregularidade consistiu na constatação, pela equipe de auditoria, de que os editais de licitação apresentaram apenas critérios de aceitabilidade de preço global. A esse respeito, foi destacado pelo relator que "*A Lei n. 8.666/1993, no inciso X do art. 40, é cristalina ao estabelecer a possibilidade de os certames contemplarem critérios de preços unitários e global. Para determinar a utilização desses critérios é preciso levar em conta o objeto que se deseja contratar. No presente caso, como se sabe, trata-se de obras, objeto esse que reclama também a adoção do regime de preço unitário ao lado do preço global, pois, em regra, as avenças desse jaez incluem fornecimento de materiais e/ou serviços com previsão de diversos quantitativos correspondentes às previsões do projeto básico e executivo, os quais devem demonstrar a realidade da execução da obra"*. Além disso, destacou o relator que, conforme jurisprudência do TCU, *"... a inclusão de preço unitário permite uma acurada averiguação da adequabilidade dos preços ofertados pelos licitantes e, consequentemente, proporciona uma melhor avaliação da obra como um todo, sendo a técnica indicada ao caso..."*. Ao final, o relator propôs expedição de determinação corretiva ao município de Campo Grande/MS, para que, em futuras licitações feitas com recursos federais, "*utilize critérios de aceitabilidade de preços unitários e global, nos termos do disposto no inciso X do art. 40 da Lei n. 8.666/1993 e da jurisprudência do TCU*". A proposta contou com a concordância do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nº 1.426/2010 e nº 1.452/2010, ambos do Plenário do TCU. ***Acórdão n.º 1.762/2010-Plenário, TC-000.289/2010-8, Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 21.07.2010.***

Licitações e contratos de obras: 2 - Detalhamento do orçamento em planilhas de custos unitários
Outra irregularidade detectada pela equipe em auditoria nas obras de urbanização de favelas nas bacias dos córregos Cabaça e Segredo, localizadas no Município de Campo Grande/MS, foi a inobservância do art. 7º, §2º, inc. II, da Lei 8.666/1993, que estabelece como um dos requisitos para a licitação de obras e serviços a existência de "*orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários"*. No voto, o relator enfatizou que a regra citada no dispositivo legal traz, basicamente, duas implicações: "*A primeira contempla o dever de a Administração estimar seus custos, pois os valores a desembolsar devem ser previstos antes mesmo de se iniciar a licitação. A segunda guarda consonância com o princípio da transparência na gestão dos recursos públicos de forma que se possa verificar a conformidade de cada proposta ofertada à Administração com os preços correntes no mercado, o que se coaduna com a busca da proposta mais vantajosa e da isonomia e ainda conduz a um aumento de efetividade no controle dos recursos".* Ressaltando ser a observância do art. 7º, §2º, inc. II, da Lei 8.666/1993 matéria assentada na jurisprudência do TCU, o relator propôs, e o Plenário acolheu, determinação corretiva ao município de Campo Grande/MS, para que, em futuras licitações feitas com recursos federais, *"elabore previamente orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços pretendidos ... ; exigindo das licitantes as referidas composições em suas propostas".* Precedentes citados: Acórdão nº 2.567/2010-1ª Câmara e Acórdão nº 1.463/2010- Plenário do TCU. ***Acórdão n.º 1.762/2010-Plenário, TC-000.289/2010-8, Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 21.07.2010.***

Licitações e contratos de obras: 3 - Exigência, para fins de habilitação, de profissional qualificado nos quadros permanentes das licitantes
Ainda no que se refere à auditoria nas obras de urbanização de favelas nas bacias dos córregos Cabaça e Segredo, localizadas no Município de Campo Grande/MS, a equipe de auditoria entendeu existir diversas cláusulas constantes dos editais de licitação que restringiriam a competitividade do certame. Uma delas seria quanto à qualificação técnica, mais especificamente a exigência de profissional qualificado integrante do quadro permanente da licitante. A esse respeito, a instrução ressaltou que *"a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que tal exigência é inadequada, desnecessária e desproporcional, porquanto tem o condão de gerar um ônus desnecessário ao licitante, ferindo o caráter competitivo do certame. É suficiente a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela*

legislação civil comum". O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica e, por conseguinte, propôs determinação corretiva a respeito, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nº. 2.297/2005, 2.036/2008, 2.099/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1.762/2010-Plenário, TC-000.289/2010-8, Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 21.07.2010.***

Licitações e contratos de obras: 4 - Cobrança de valores para fornecimento do edital
Outra irregularidade identificada pela unidade técnica em auditoria nas obras de urbanização de favelas nas bacias dos córregos Cabaça e Segredo, localizadas no Município de Campo Grande/MS, e que poderia restringir a competitividade do certame seria a cobrança de valores referentes a fornecimento do edital em patamar superior ao custo efetivo de reprodução gráfica dessa documentação, em contraposição ao art. 32, § 5º, da Lei 8.666/1993, bem como em relação à jurisprudência do TCU. Em sua análise, a equipe de auditoria realçou que *"Após avaliação do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida, considerando valores atuais, apresentada em planilha de comparação de custos em anexo, evidenciou-se que essa cobrança não guarda relação com o que dispõe a lei de licitações quanto ao tema"*. O relator, na mesma linha, entendeu restar afrontada tanto a Lei 8.666/1993 quanto a jurisprudência do Tribunal e apresentou proposta ao Plenário de determinação corretiva quanto ao fato, o que foi aprovado pelo Colegiado. Precedentes citados: Acórdãos nº. 2.297/2005, 2.036/2008, 2.099/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1.762/2010-Plenário, TC-000.289/2010-8, Subst. Marcos Bemquerer Costa, 21.07.2010.***

Licitações e contratos de obras: 5 - Inclusão inadequada de itens na composição do BDI
Na mesma auditoria nas obras de urbanização de favelas nas bacias dos córregos Cabaça e Segredo, localizadas no Município de Campo Grande/MS, a unidade técnica concluiu ter ocorrido a inclusão inadequada de itens na composição do BDI, os quais, em realidade, deveriam constar dos custos diretos da obra como administração local, manutenção do canteiro, mobilização e desmobilização de equipes, controle topográfico e tecnológico. A unidade instrutiva, citando entendimentos jurisprudenciais do TCU, destacou que *"itens que sejam quantificáveis devem ser discriminados na planilha orçamentária, e não no BDI"*. Assim, foi proposto pelo relator que o Tribunal determinasse ao município de Campo Grande que, em futuras licitações feitas com recursos federais, "*abstenha-se de incluir no BDI itens que deveriam constar dos custos diretos da obra, como administração local, manutenção do canteiro, mobilização e desmobilização de equipes e controle topográfico e tecnológico*". A proposta foi acolhida pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nº. 325/2007 e 2.099/2009, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1.762/2010-Plenário, TC-000.289/2010-8, Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 21.07.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Atestados comprobatórios de experiência anterior: pontuação progressiva
Em representação formulada por licitante foram apontadas diversas possíveis irregularidades na Concorrência 3/2006, do tipo técnica e preço, conduzida pela Secretaria Executiva para Assessoramento ao Comitê de Gestão das Ações Governamentais nos Jogos Pan-Americanos de 2007 – Sepan, subordinada ao Ministério do Esporte. Uma delas seria a atribuição de pontuação progressiva a número crescente de atestados comprobatórios de experiência de idêntico teor, o que não guardaria necessariamente correlação com a seleção do licitante mais apto. Em suas análises, o relator realçou que *"circunstâncias excepcionais, alheias à vontade dos gestores do Ministério do Esporte, condicionaram a tomada de decisões necessárias e indispensáveis ao cumprimento dos prazos para implementação das medidas tendentes à viabilização dos jogos.*" Especificamente quanto à atribuição de pontuação progressiva a número crescente de atestados comprobatórios de experiência, entendeu ser esta admissível, *"... desde que devidamente justificada, porque a experiência da licitante na execução reiterada de determinados serviços, em certa medida, a qualifica a executá-los com melhor qualidade"*, realçando, ainda, que, em conformidade com a jurisprudência recente do Tribunal, *"... admite-se a inclusão de critérios de pontuação que levem em conta a quantidade de serviços prestados, porém, também deve ser sopesado o desempenho da contratante e a complexidade dos serviços realizados"*. O Plenário acatou os argumentos do relator quanto a este ponto. Precedente citado: Acórdão n.º 1.910/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 4538/2010-1ª Câmara, TC-018.311/2006-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.07.2010***.

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

PERÍODO DE 19 A 25 DE JULHO DE 2010.

Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010 – D.O.U. de 20/07/2010: Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 27 e 28 de julho de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratação direta de fundação de apoio para prestação de serviços: 1 - Necessidade da correlação do objeto com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional

Documentos novos com eficácia sobre a prova produzida embasaram a interposição de recurso de revisão, pelo Ministério Público junto ao TCU, contra a deliberação da Segunda Câmara do Tribunal que julgou regulares com ressalvas as contas do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) relativas ao exercício de 1999 (Relação n.º 39/2001). Tais documentos referiam-se, basicamente, a irregularidades perpetradas no âmbito do INPE, na condição de interveniente em convênio celebrado entre a Secretaria Especial de Políticas Regionais-SEPRE e o então Ministério do Planejamento e Orçamento, consistentes na indevida contratação direta da Fundação de Ciência, Aplicações e Tecnologias Espaciais (Funcate), com fundamento no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, *"tendo por objeto subsidiar a execução de estudos relacionados ao Projeto Transposição de Águas da Bacia do Rio São Francisco"*. Para o relator, as defesas apresentadas pelo, à época, Diretor do INPE e pelo então Diretor-Substituto, não foram suficientes para afastar a mácula que recai sobre as respectivas gestões, revelando-se de gravidade suficiente a eivar as contas dos responsáveis. A respeito do tema, o relator destacou que o TCU já firmou entendimento no sentido de não ser suficiente, para a contratação direta de fundação de apoio, com base no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, o fato de a entidade contratada preencher os requisitos estatutários exigidos no referido dispositivo legal, sendo necessário, também, que o objeto a ser contratado guarde estreita correlação com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional. No caso vertente, o relator considerou que não foi demonstrado o nexo entre o objeto do contrato, celebrado entre o INPE e a Funcate, e a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, c/c o art. 1º da Lei n.º 8.958/94. O relator concluiu que o ajuste teve por finalidade a elaboração de projetos básicos das obras de transposição do Rio São Francisco e estudos de impacto ambiental e de inserção regional, não se coadunando com a atuação estatutária da Funcate, qual seja, *"aplicações espaciais (meteorologia, sensoriamento remoto, geoprocessamento), engenharia e tecnologia*

espaciais". Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu dar provimento ao recurso de revisão para, em relação aos sobreditos responsáveis, tornar insubsistente a deliberação recorrida, julgar irregulares as suas contas e aplicar-lhes multa. Precedentes citados: Decisões n.os 657/97, 612/98, 830/98, 252/99, 361/99 e 908/99, todas do Plenário; Acórdão n.º 1.616/2003-Plenário. ***Acórdão n.º 1803/2010-Plenário, TC-005.848/2000-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 28.07.2010***.

Contratação direta de fundação de apoio para prestação de serviços: 2 - Impossibilidade da subcontratação parcial do objeto

Outra irregularidade envolvendo a contratação direta da Fundação de Ciência, Aplicações e Tecnologias Espaciais (Funcate), com fulcro no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) – que também embasou a interposição de recurso de revisão, pelo Ministério Público junto ao TCU, contra a deliberação da Segunda Câmara do Tribunal que julgou regulares com ressalvas as contas do INPE relativas ao exercício de 1999 –, foram as subcontratações realizadas pela Funcate, no decorrer da execução dos seus trabalhos, a revelar o fato de a contratada *"não dispor de reais condições para cumprir diretamente os serviços a que se vinculou"*. Para o relator, era possível depreender dos autos que a quase totalidade dos serviços ajustados entre o INPE e a Funcate havia sido subcontratada junto a terceiros, *"desvirtuando, assim, o caráter intuito personae da contratação direta da Funcate, estampada no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993"*. Segundo o relator, é assente a jurisprudência do TCU quanto à necessidade de a entidade contratada por dispensa de licitação, com base no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, comprovar a capacidade de execução do objeto pactuado com recursos próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais, sendo, portanto, inadmissível a subcontratação parcial dos serviços avençados. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu dar provimento ao recurso de revisão para, em relação aos responsáveis pela sobredita impropriedade, tornar insubsistente a deliberação recorrida, julgar irregulares as suas contas e aplicar-lhes multa. Precedentes citados: Decisões n.os 881/97, 138/98 e 516/2000, todas do Plenário; Acórdão n.º 19/2002-Plenário. ***Acórdão n.º 1803/2010-Plenário, TC-005.848/2000-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 28.07.2010***.

Adoção do pregão para contratação de serviços técnicos especializados de gerenciamento ambiental de obras

Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico n.º 31/2010, sob a responsabilidade da Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa), destinado a selecionar empresa para prestação de serviços técnicos especializados de gerenciamento ambiental das obras de dragagem de aprofundamento e de derrocagem do canal de acesso, bacia de evolução e berços de atracação do Porto de Vitória/ES. Na Sessão de 26/05/2010, o Plenário referendou medida cautelar deferida pelo relator que havia determinado a suspensão dos procedimentos relativos à citada contratação (*Decisão noticiada no Informativo/TCU n.º 18/2010*). Desta feita, na análise de mérito da questão, o relator, ao concordar com a unidade técnica, e na mesma linha do que já havia afirmado quando da apreciação da cautelar, destacou que os aludidos serviços *"contemplam atividades que carregam grau de complexidade incompatível com a definição de 'comum', estabelecida na Lei nº 10.520/2002"*, razão por que a modalidade pregão não poderia ter sido adotada para o certame. De acordo com o relator, *"o amplo e variável plexo de atividades, com significativo grau de especificidade, que compõem o contrato em vias de ser celebrado, apresentam cunho predominantemente intelectual"*. Nesse sentido, à luz do art. 46 da Lei n.º 8.666/93, ele concluiu que a Codesa estaria impedida de socorrer-se do critério de menor preço para escolha da proposta mais vantajosa, regente da modalidade pregão, reclamando análise mais criteriosa para constatação do atendimento ou não das exigências editalícias. Considerando, no entanto, os efeitos danosos que adviriam da determinação de anulação do certame – porquanto os serviços de dragagem e derrocagem, tão prementes e já contratados, teriam seu início prorrogado até a conclusão de nova licitação, que haveria de ser processada, necessariamente, por meio da modalidade concorrência, sabidamente mais rígida e morosa, fazendo com que o Porto de Vitória fosse prejudicado –, o relator ponderou no sentido de se permitir, excepcionalmente, frente às vicissitudes do caso concreto, a continuidade do certame sob modalidade que, à evidência, *"não se mostra adequada"*. Considerando que, no caso concreto, não foi ferida a competitividade do certame, não houve dano ao erário, não se configurou má-fé dos responsáveis, e a fim de evitar-se o **periculum in mora** reverso, o relator concluiu, com base no princípio constitucional do interesse público, pela possibilidade, em caráter excepcional, de se autorizar o prosseguimento do pregão em análise, revogando-se a cautelar anteriormente deferida, sem prejuízo de se expedir determinação corretiva à entidade, para futuros certames. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 492/2006, 2.392/2006, 555/2008, 1.614/2008,

1.982/2008, 2.545/2008, 1.978/2009 e 2.884/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1815/2010-Plenário, TC-012.761/2010-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.07.2010***.

Fornecimento e instalação de sala-cofre: faculdade do gestor de exigir a certificação do produto em relação à norma escolhida

Representação oferecida ao TCU apontou possíveis irregularidades na contratação firmada entre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e a empresa Aceco TI Ltda., por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, I, da Lei n.º 8.666/93, tendo por objeto o fornecimento e instalação de ambiente de segurança de alta disponibilidade, também denominado sala-cofre, *"em conformidade com a norma ABNT NBR 15247"*. Ao apreciar a matéria, o relator destacou que o TCU tem admitido a faculdade de o administrador exigir a aplicação da NBR 15247 ou de outra norma que regule a matéria, desde que constem, do processo licitatório, as razões de escolha do normativo, mediante parecer técnico devidamente fundamentado, devendo ser aceitos os certificados emitidos por qualquer entidade *"acreditada pelo Inmetro para tal"*. No caso em apreço, o Incra justificou a necessidade de aquisição de uma sala-cofre, tendo exposto as razões para que o produto fosse certificado pela NBR 15247 e pelo procedimento ABNT PE 047.01, além da motivação para que a aquisição fosse efetuada com fundamento no art. 25, I, da Lei n.º 8.666/93, já que apenas a empresa Aceco seria detentora da certificação ABNT NBR 15247, informação confirmada mediante consulta efetuada no sítio do Inmetro na *internet*. No que concerne, todavia, à exigência de atendimento ao procedimento de certificação PE 047.01 para salas-cofre da NBR 15247, o relator considerou assistir razão à representante quanto à sua impropriedade, já que se trata de procedimento interno da ABNT, e que deve, portanto, ser observado por empresas que pretendam ter sua certificação fornecida por aquela entidade. No que tange à aventada inadequação das medidas da sala-cofre, o relator ressaltou que é admissível a existência de diferenças, quanto às dimensões da sala-cofre testada pelo organismo certificador (corpo de prova), em relação à efetivamente contratada, haja vista que a NBR 15247 estipula as tolerâncias permitidas entre o produto de série e o corpo de prova. No tocante à arguição de valor excessivo da contratação, o relator observou que a Aceco TI Ltda. anexou, em sua proposta, tabela contendo comparativo de preços praticados em outros órgãos, a fim de demonstrar a viabilidade de sua oferta. No que diz respeito à alegação de que seria indevido o fornecimento de materiais e serviços pela contratada (circuito fechado de TV, quadro de distribuição de energia elétrica, grupo motor gerador a diesel trifásico), o relator salientou que os equipamentos e serviços mencionados pela representante *"fazem parte de uma solução integrada chamada sala-cofre, matéria já analisada por esta Corte"*. Nesse sentido, destacou que o ambiente de segurança de alta disponibilidade *"não se restringe à aquisição de um produto acabado. Na verdade, constitui-se de uma sala modular de segurança da informação, composta por diversos sistemas (sistema de climatização, sistema de energia, controle de incêndio, cabeamento lógico, entre outros), cujos serviços de engenharia devem ser contratados de forma conjunta"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação, determinando ao Incra que, em futuras contratações, em que fique caracterizada a necessidade de exigência de certificados de conformidade de produtos/serviços a normas técnicas, *"abstenha-se de exigir o cumprimento de procedimentos que sejam inerentes apenas ao organismo certificador, uma vez que merecem ser aceitos os certificados emitidos por qualquer entidade acreditada pelo Inmetro"*. Além disso, deliberou o Pleno no sentido de *"orientar o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, bem como a nobre Casa Civil da Presidência da República que, na contratação de salas seguras ou salas cofres, avaliem a possibilidade de se utilizar da licitação do tipo técnica e preço, em que as funcionalidades adicionais previstas na NBR 15247 em relação às normas de segurança internacionais sejam consideradas como itens de avaliação de proposta técnica"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.323/2006, 2.392/2006, 1.608/2006, 2.507/2007, 555/2008 e 1.994/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1846/2010-Plenário, TC-020.870/2008-1, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 28.07.2010***.

Possibilidade da redistribuição do valor excedente, em item da planilha da proposta de licitante, para os demais itens que se encontrem abaixo da estimativa da Administração

Por meio de embargos de declaração, o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES apontou a existência de vícios no Acórdão n.º 896/2010-Plenário, mediante o qual foi apreciado o relatório da auditoria realizada nas obras de construção do edifício-sede do TRT/ES. Por força do referido **decisum**, fora revogada parcialmente a cautelar exarada em 8/10/2009, permitindo-se, em consequência, a convocação da licitante vencedora para assinatura do contrato de execução das obras relativas à terceira fase do empreendimento. Restou decidido, ainda, que aquele órgão laboral deveria adotar providências no tocante a insumos e serviços

constantes da planilha orçamentária relativa à Concorrência n.º 1/2009, submetendo-a à apreciação do TCU, *"abstendo-se de admitir aumento dos preços constantes da proposta comercial vencedora do certame"*. Segundo o embargante, teria havido obscuridade na acepção da expressão *"preços constantes da proposta comercial vencedora"*, já que não ficara claro se a regra insculpida no instrumento convocatório, referente à possibilidade de redistribuição de eventual valor excedente em alguns itens da planilha orçamentária, pelos demais itens que se encontrassem abaixo da estimativa da Administração, respeitados os limites máximos e mantido o preço global ofertado, gozaria de aplicabilidade. O relator registrou que o edital da Concorrência n.º 1/2009 estatui, de fato, que o preço global cotado não poderá exceder a estimativa constante da planilha orçamentária apresentada pelo TRT/ES, sendo permitido à licitante efetuar correções ou ajustes atinentes aos preços unitários que excederem a mediana do Sinapi, ou o limite de 10% em relação àqueles estimados na planilha. No intuito de aclarar o comando exarado pelo TCU, o relator propôs e o Plenário decidiu dar provimento aos embargos para alterar o item 9.4 do Acórdão n.º 896/2010-Plenário, dando-lhe a seguinte redação: *"9.4. determinar ao Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES que submeta a planilha orçamentária resultante da aplicação das medidas determinadas nos itens 9.3.1. a 9.3.25. à apreciação desta Corte, abstendo-se de admitir aumento do preço global constante da proposta comercial vencedora do certame, sendo permitida, em caráter excepcional, nos termos do edital da Concorrência nº 1/2009, a redistribuição do valor correspondente ao eventual excesso verificado nos preços unitários para outros itens da planilha, desde que indicados, expressamente, os itens em que se procedeu à alteração de preço, e respeitados, após a readequação desta, os limites de preços unitários e global fixados"*. Deliberou também o Pleno no sentido de *"alertar ao TRT- 17ª Região que, em licitações futuras, evite incluir cláusula editalícia que possibilite a redistribuição de valor excedente em item de planilha da proposta de licitante para os demais itens que se encontrem abaixo da estimativa da Administração"*. ***Acórdão n.º 1847/2010-Plenário, TC-024.376/2008-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 28.07.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Exigência de vistoria do local da prestação dos serviços

Ao examinar a prestação de contas simplificada da Coordenação-Regional da Fundação Nacional de Saúde no Estado do Paraná (Core/PR), referente ao exercício de 2006, a unidade técnica do TCU promoveu audiência dos responsáveis da entidade, concluindo, ao final, pelo afastamento parcial das irregularidades apuradas, restando não elididas algumas ocorrências, entre elas a inserção, no edital do Pregão Eletrônico n.º 53/2006, de cláusula restritiva à competitividade do certame, consistente na exigência de vistoria nos locais de prestação dos serviços. Em sua instrução, a unidade técnica considerou *"lícito abrir a possibilidade da vistoria do local de prestação dos serviços, mas não o exigir necessariamente, pois a ausência da visita implicaria o licitante assumir os ônus decorrentes de tal omissão, afastando a procedência de quaisquer futuras alegações quanto a dificuldades na execução dos serviços, repactuação de preços ou condições do contrato, entre outras."*. Para o relator, não obstante a preocupação da unidade técnica, a exigência não teve o intuito deliberado de restringir ou direcionar a licitação, revelando-se mais a preocupação dos gestores em assegurar o atendimento dos interesses da Administração. Quanto ao Pregão n.º 53/2006, destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de limpeza, conservação e copeiragem, o relator entendeu não se afigurar desarrazoado o argumento de que a exigência de vistoria dos locais de prestação dos serviços tinha por objetivo prevenir alegações futuras quanto à dificuldade na prestação dos serviços, não restando, ainda, comprovada a restrição à competitividade no certame em questão. Acrescentou, ainda, que não raras vezes os contratados justificam a má qualidade na execução contratual, mediante a alegação de dificuldades encontradas nos locais de prestação dos serviços, o que se torna relevante em localidades não situadas nas capitais e voltadas ao atendimento de público específico, como é o caso da Funasa, que tem, dentre suas missões, o atendimento à população indígena. Na espécie, embora um grande número de interessados tenha retirado o edital, num total de quarenta, apenas quatro restaram aptos a participar do certame. Segundo o relator, essa circunstância *"não permite concluir que a exigência tenha sido causa da baixa participação. Ao contrário, é possível também se afirmar que, cientes das dificuldades na prestação dos serviços, os interessados mostraram desinteresse em participar da licitação"*. A Segunda Câmara acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 4008/2010-2ª Câmara, TC-015.713/2007-0, rel. Min. José Jorge, 27.07.2010***.

Irregularidades em contratações: 1 - Publicação do edital em jornal de grande circulação no Município e não no Estado

Em sede de tomada de contas especial, instaurada em virtude da constatação de irregularidades na utilização de recursos transferidos pela Caixa Econômica Federal ao Município de Imperatriz/MA, por força de contrato de repasse – celebrado com a finalidade de estabelecer melhoria na infraestrutura viária de acesso e mobilidade dos serviços de transporte coletivo urbano, através de drenagem pluvial superficial e profunda, e pavimentação no município –, a unidade técnica promoveu a audiência dos ex-membros da comissão permanente de licitação (CPL) da prefeitura, em razão de alguns fatos, destacando-se: a) *"ausência de publicação, pelo menos uma vez, de edital de obra pública financiada com recursos federais, ou do(s) aviso(s) de adiamento da data/hora da sessão originalmente fixada nesse edital, no Diário Oficial da União (DOU)"*; b) *"ausência de publicação, pelo menos uma vez, do edital de licitação em jornal de grande circulação no Estado"*. Os responsáveis demonstraram que o edital da Tomada de Preços n.º 13/2001-CPL foi publicado no Diário Oficial do Estado do Maranhão e no jornal 'O Progresso'. Para a unidade técnica, não teria havido, de fato, publicação no Diário Oficial da União, conforme determina o art. 21, I, da Lei de Licitações. Além disso, o jornal 'O Progresso', apesar de circular na capital maranhense, não é um jornal de grande expressão ou de grande circulação no Maranhão, ainda que se possa admitir que o veículo é um jornal de grande circulação no município. Considerando que uma única licitante compareceu à sessão de abertura e julgamento da TP n.º 013/2001, o relator reconheceu que o baixo nível de interesse *"tem relação com a falta de publicação do edital em jornal de grande circulação no Estado e no próprio Diário Oficial da União, único veículo que, dentre os exigidos na Lei, tem circulação em todo o território nacional"*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu julgar as contas irregulares e aplicar multa aos ex-membros da CPL. ***Acórdão n.º 4016/2010-2ª Câmara, TC-003.215/2007-5, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 27.07.2010***.

Irregularidades em contratações: 2 - Renúncia ao direito de recorrer

Outra irregularidade identificada no âmbito da tomada de contas especial, relativa à utilização de recursos transferidos pela Caixa Econômica Federal ao Município de Imperatriz/MA, por força de contrato de repasse – celebrado com a finalidade de estabelecer melhoria na infraestrutura viária de acesso e mobilidade dos serviços de transporte coletivo urbano, através de drenagem pluvial superficial e profunda, e pavimentação no município –, foi a *"renúncia ao direito de recorrer do resultado da fase de habilitação ou de julgamento, ato esse sem qualquer data que o situe no tempo e consubstanciado em um único documento assinado coletivamente por todos os licitantes, inclusive por aquele que foi o único a lograr êxito nessa(s) etapa(s) e que, por conseguinte, não teria qualquer direito a recurso, por total falta de interesse (no sentido jurídico)."*. De acordo com o relator, a Lei n.º 8.666/93 admite a expressa desistência, por parte da licitante, do direito de interpor recursos. No entanto, nos termos do art. 43, III, da Lei de Licitações, essa declaração deve ser feita após a abertura dos envelopes que contêm a documentação para habilitação dos concorrentes. No caso concreto, todavia, o termo de renúncia não apresentava data de emissão e, aparentemente, havia sido apensado aos autos do processo de licitação *"antes da Ata de Abertura e Julgamento"*. Após concluir que não havia como acatar as razões de justificativa para a aludida impropriedade, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu julgar as contas irregulares e aplicar multa aos ex-membros da comissão permanente de licitação. ***Acórdão n.º 4016/2010-2ª Câmara, TC-003.215/2007-5, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 27.07.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 3 e 4 de agosto de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Pregão para serviços de vigilância armada: 1 - Admissão do preço estimado pela administração como o máximo que ela se dispõe a pagar
Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades praticadas pelo Banco do Brasil no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 2009/28685, destinado à contratação de serviços de vigilância armada, compreendendo postos com cobertura ininterrupta. Entre as questões suscitadas pela representante, destacava-se a suposta "*confusão entre os conceitos de valor de referência e valor máximo*", isso porque *"o edital não teria estabelecido nenhum limite máximo de preço, não cabendo, portanto, a desclassificação de proposta por apresentar preços acima de uma 'estimativa' [...]"*. Segundo o relator, o Banco do Brasil, atento ao comando do art. 25 do Decreto n.º 5.450/2005, fez constar do edital a seguinte regra: *"8.3.3. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade de preço em relação ao **estimado** para a contratação [...]."*. Para o relator, embora essa estimativa não represente, num primeiro momento, um valor máximo para efeito de desclassificação de propostas incompatíveis, *"já que existe a possibilidade de contraproposta por parte da administração (diferentemente do estatuído, para outras modalidades de licitação, no art. 40, inciso X, c/c o art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/1993)"*, num passo seguinte, ela pode levar a isso, na medida em que o normativo aplicável (Decreto n.º 5.450/2005), reproduzindo o art. 4º, XVI, da Lei n.º 10.520/2002, *"para privilegiar o instrumento da negociação em busca do menor preço"*, previu que: *"Art. 25 [...] § 5º Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital."*. Portanto, seria razoável admitir que o preço estimado pela administração, *"em princípio, seja aquele aceitável, para fins do disposto no § 5º antes transcrito, ou o máximo que ela esteja disposta a pagar na contratação pretendida, fazendo com que todos os esforços de negociação com os licitantes se desenvolvam em torno dessa importância"*. O relator também frisou que esse critério de aceitação não é absoluto, podendo ter a sua validade confirmada ou não na prática. Em geral, quando o menor preço ofertado é superior ao valor de referência, *"é porque houve um trabalho de pesquisa mal elaborado, podendo ainda*

ter ocorrido uma distribuição de mercados entre os licitantes, para eliminação da livre concorrência", afora a possibilidade da existência de circunstâncias supervenientes à fixação do preço referencial. Nessa hipótese, *"é de se esperar que a situação seja discutida com a autoridade responsável pela abertura do certame"*, que poderá, se for o caso, alterar o valor do preço estimado antes fixado. No caso concreto, *"parece não haver dúvida quanto à correta elaboração dos orçamentos considerados pelo Banco do Brasil, pois, conforme relatado pela instrução, dos 6 lotes em que foi dividida a licitação, 5 deles [...] foram adjudicados a empresas que se dispuseram a contratar nas condições e preços estipulados pelo BB"*. E quanto ao único lote em que isso não foi possível, resultando na situação de 'fracassado', tal se deu não por falta de interessado, mas sim porque a empresa que ofereceu lance *"no valor correspondente*" foi desclassificada em razão da limitação imposta no edital, relativamente ao máximo de lotes possíveis por licitante (dois). Assim sendo, o Plenário, acolhendo o voto do relator, decidiu considerar a representação improcedente. ***Acórdão n.º 1888/2010-Plenário, TC-012.047/2010-4, rel. Min. Valmir Campelo, 04.08.2010***.

Pregão para serviços de vigilância armada: 2 - Necessidade de o valor orçado constar dos autos do processo licitatório e não do edital

Outra suposta irregularidade perpetrada pelo Banco do Brasil no Pregão Eletrônico n.º 2009/28685, destinado à contratação de serviços de vigilância armada, dizia respeito ao fato de o valor estimado constar tão somente do processo licitatório, mas não do edital. Segundo o relator, o Tribunal já firmou entendimento no sentido de que, na licitação na modalidade pregão, *"o orçamento estimado em planilhas e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital"*, devendo estar necessariamente inserido no processo relativo ao certame, conforme exigido pela Lei n.º 10.520/2002 (art. 3º, III, c/c o art. 4º, III) e pelo Decreto n.º 5.450/2005 (art. 30, III), ficando a critério do gestor a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir *"dita peça"* no edital. De qualquer modo, caberia ao administrador informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo. Sobre isso, o relator concluiu não prosperar a alegação de prejuízo ao princípio da publicidade, ante a suposta falta de transparência quanto ao preço usado como parâmetro na convocação, assim como não vislumbrou possível ofensa ao postulado da isonomia, dada a eventual vantagem conseguida por licitantes com acesso ao processo físico, em relação àqueles que tiveram de dar lances a partir das respectivas sedes, *"fora de onde estavam os autos (Brasília-DF)"*. Isso porque, além de o orçamento estar inserido no processo licitatório, o Banco do Brasil fez constar do edital a possibilidade de formalização de consultas por *e-mail*, cujas respostas seriam dadas diretamente no site *www.licitações-e.com.br*, no *link* correspondente ao pregão eletrônico em discussão, afastando a hipótese de lesão ao direito que os interessados tinham a essa informação. O relator também lembrou que, em termos de valores, no pregão eletrônico, diferentemente do que ocorre no pregão presencial, não existe classificação prévia das propostas aptas à etapa de lances, o que *"elimina o risco de desclassificação de alguma licitante na primeira fase da convocação, no caso de sua oferta inicial exceder o preço tido por aceitável"*. Significa dizer que, na fase de recebimento de propostas, o eventual desconhecimento do valor estimado pela administração *"não tem repercussão decisiva na possibilidade de sucesso dos participantes até o final do certame, pois, antes disso, todos terão ainda a possibilidade de tomar ciência desse parâmetro, assim como das diversas ofertas, ao longo da fase competitiva (encaminhamento de lances), portanto, em igualdade de condições"*. Ao final, o Plenário, acolhendo o voto do relator, decidiu considerar a representação improcedente. Precedentes citados: Acórdão n.º 201/2006-2ª Câmara; Acórdãos n.os 114/2007 e 1.925/2006, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1888/2010-Plenário, TC-012.047/2010-4, rel. Min. Valmir Campelo, 04.08.2010***.

A vedação à imposição de restrições ao caráter competitivo nos atos de convocação não é absoluta

Representação oferecida ao TCU indicou possível irregularidade praticada pela Caixa Econômica Federal no Pregão Eletrônico n.º 030/7029-2010, tendo por objeto o *"registro de preços, pelo prazo de 12 (doze) meses, para aquisição de toner para impressoras HP, modelo Laserjet P3015DN, com entrega nos almoxarifados da CAIXA localizados nos Estados de Goiás, Minas Gerais e Pará"*. A questão suscitada pela representante envolvia o seguinte dispositivo do edital: *"9.5 A qualificação técnica será comprovada mediante: 9.5.1 apresentação de atestado(s), certidão(ões) ou declaração(ões) fornecidos por pessoas jurídicas, comprovando ter o licitante desempenhado, de forma satisfatória, o fornecimento de pelo menos 10% (dez por cento) da quantidade total de toners para impressoras HP solicitadas neste edital, ou de outro modelo de impressora HP que utiliza a mesma tecnologia de impressão – Laser Monocromática, com rendimento por cartucho igual ou superior ao modelo CE255X [...]"*. Segundo a representante, a exigência editalícia *"de que se comprove, por meio de certificados, o fornecimento mínimo de 10% do objeto, especificando a marca*

e modelo do toner" ofenderia os princípios da impessoalidade, da isonomia, da razoabilidade da proposta e da ampla concorrência. A unidade técnica do TCU concluiu que tal previsão estaria, de fato, limitando a concorrência e possibilitando o direcionamento da licitação, em desacordo com a legislação vigente. Ao dissentir da unidade instrutiva, o relator considerou improcedente a alegação de que o edital estaria especificando a marca e o modelo do *toner* pretendido, isso porque, conforme constava da análise do recurso interposto junto à CEF pela própria representante, *"são aceitos atestados que comprovem o fornecimento de toner para impressoras da marca HP, não sendo obrigatório que os toners sejam da marca HP"*. O relator considerou igualmente infundada a outra parte da representação, que questionava a exigência de atestados comprovando o fornecimento anterior de pelo menos 10% da quantidade total de *toners* para impressoras HP solicitadas no edital, ou para outro modelo de impressora HP que utilizasse a mesma tecnologia de impressão. Para ele, não foi *"despropositado o procedimento utilizado na convocação"*, até porque o discutido critério buscou, na essência, possibilitar que a seleção recaísse em licitante que detivesse a efetiva condição de desempenhar satisfatoriamente o objeto licitado. A Administração, atentando especialmente para o interesse coletivo, *"tem o poder-dever de exigir, em suas contratações, os requisitos considerados indispensáveis à boa e regular execução do objeto que constituirá encargo da futura contratada"*. Nesse sentido, *"o princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade"*. Portanto, para o relator, a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Na verdade, *"o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração, ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível"*. Ao final, o Plenário, nos termos do voto do relator, decidiu considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 1890/2010-Plenário, TC-018.017/2010-0, rel. Min. Valmir Campelo, 04.08.2010***.

Possibilidade de a vedação constante do art. 9º, III, da Lei n.º 8.666/93 ser estendida, por aplicação analógica, ao dirigente que autoriza e homologa licitação vencida pelo seu enteado

Em sede de representação formulada ao TCU contra possíveis irregularidades em licitação conduzida pela Diretoria de Infraestrutura Ferroviária do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DIF/DNIT), foi prolatado o Acórdão n.º 2.105/2008, por meio do qual o Plenário decidiu fixar prazo ao DNIT para anular o certame, e, em consequência, o contrato dele decorrente, bem como realizar a audiência do ex-Diretor de Infraestrutura Ferroviária do DNIT, em razão de *"participar indiretamente da licitação referente ao edital da Concorrência nº 350/2006, por meio de seu enteado, [...] sócio da sociedade empresária Consulfer, integrante do consórcio vencedor da licitação, em descumprimento ao disposto no art. 9º, inciso III, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 [...];"*. A linha de defesa do responsável pautou-se, sobretudo, nos seguintes argumentos: a) *"não se aplicam as hipóteses exaustivas de proibição de celebração de contratos administrativos, previstas no art. 9º da lei nº 8.666/1993, à contratação de parente de servidor de entidade contratante"*; b) *"não há lacuna no rol de proibições do art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 18, inciso II, da Lei nº 9.784/1999, que possa ser preenchida pela aplicação dos princípios gerais do direito e da analogia, conforme Lei de Introdução ao Código Civil, sob pena de usurpar a vontade do legislador ordinário"*. Em seu voto, o relator manifestou-se de acordo com o titular da unidade técnica, no sentido de que a interpretação sistemática e analógica do art. 9º, III e §§ 3º e 4º, da Lei n.º 8.666/93 legitima elastecer a hipótese de vedação da participação indireta de servidor ou dirigente de órgão e entidade com o prestador dos serviços, sem que tal exegese desvirtue a finalidade da norma legal, qual seja, a preservação dos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da isonomia. Para o relator, o fato de a lei considerar participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos de obras e bens, incluindo-se, nessa proibição, os membros da comissão de licitação, *"não exclui a possibilidade de referida vedação ser estendida, por aplicação analógica, ao dirigente que autoriza e homologa o certame licitatório"*. No caso em análise, *"não é lícito ao juiz deixar de aplicar o direito sob o argumento do non liquet – inexistência de norma legal expressa e específica"*, isso porque a própria Lei de Introdução ao Código Civil autoriza-lhe integrar a norma legal, de maneira a dar-lhe completude e a fim de solucionar a lide. Portanto, *"a aplicação da interpretação analógica do art. 9º da Lei nº 8.666/1993 e dos princípios gerais da Administração Pública ao caso vertente não configura usurpação de competência do legislador ordinário"*. Ainda conforme o relator, a desobediência às vedações albergadas no art. 9º da Lei n.º 8.666/1993 *"tem natureza eminentemente de ilícito formal, vale dizer, independe da concretização de dano de direcionamento ou de favorecimento indevido à contratada, ao contrário do que pretende fazer crer o então dirigente do DIF/DNIT"*. Considerando que o responsável tinha o poder de

influir em questões técnicas que pudessem favorecer o consórcio do qual participava a empresa do seu enteado, e também de interferir na própria condução e fiscalização do contrato resultante da licitação, *"o que já seria suficiente para caracterizar seu impedimento"*, o Plenário, nos termos do voto do relator, decidiu rejeitar suas razões de justificativa e aplicar-lhe multa. Precedente citado: Acórdão n.º 1.170/2010-Plenário. ***Acórdão n.º 1893/2010-Plenário, TC-020.787/2007-5, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 04.08.2010***.

Exigência de licença operacional ambiental para fim de habilitação

Representação oferecida ao TCU apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico n.º 92/2009, realizado pela Fundação Universidade do Amazonas (UFAM), cujo objeto era a contratação de empresa especializada na prestação de serviços gerais, limpeza e conservação, jardinagem, capina, poda e corte de árvores de grande porte, realizados de forma continuada, nas unidades do campus universitário. Entre as ocorrências noticiadas, encontrava-se a *"exigência prévia de licença operacional ambiental"*. Em seu voto, o relator considerou assistir razão à UFAM, chamada a se manifestar nos autos, *"vez que amparada em legislação e normas específicas"*. Segundo o relator, a apresentação da referida licença deve ocorrer mesmo na fase de habilitação, caso contrário, *"como o prazo para obtenção da licença junto aos órgãos competentes pode demorar até 120 dias, não haveria garantias para a Administração de que, se a licitante vencesse o certame, seria, de modo célere, autorizada a operar, pelo IPAAM e Vigilância Sanitária, acarretando, desse modo, risco à execução contratual"*. O relator fez, ainda, alusão ao voto proferido no Acórdão n.º 247/2009-Plenário, no qual restou assente que *"o cumprimento da legislação ambiental deve ser verificado ainda na fase de habilitação dos licitantes, conforme os arts. 28, inciso V, e 30, inciso IV, da Lei 8.666/1993 [...]. A lei não previu outro momento para se exigir o cumprimento de leis específicas (como as ambientais), nem para aquelas que impõem o cumprimento de certas condições para o funcionamento da licitante."*. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 1895/2010-Plenário, TC-001.597/2010-8, rel. Min. Augusto Nardes, 04.08.2010***.

Contratação, mediante pregão, de serviços de elaboração de estudo de caracterização e análise socioambiental de linhas de transmissão

Representação formulada ao TCU indicou possível ilegalidade praticada pela Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf) na contratação de *"serviços de elaboração de estudo de caracterização e análise socioambiental das linhas de transmissão – LTs 230KV Picos/Tauá e Paraíso/Açu"*, ao utilizar-se da modalidade de pregão. Segundo a representante, o objeto do certame envolvia a contratação de serviços de engenharia consultiva, revestidos de natureza predominantemente intelectual, não se caracterizando, pois, como serviços comuns, nos termos definidos pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/2002. A unidade técnica considerou que, de fato, certas exigências contidas no edital vão de encontro à ideia de prestação de um serviço comum, especificável por padrões usuais de mercado, não sendo padronizáveis ou disponíveis no mercado de forma preconcebida, carecendo de parâmetros objetivos de definição dos padrões de desempenho e qualidade pretendidos. A título de exemplo, a unidade técnica fez menção ao item 5 da Especificação Técnica n.º 001/2006, que trata das diretrizes para a execução dos serviços, estabelecendo que *"a Contratada deverá apresentar um plano de trabalho preliminar 48 horas após a Ordem de Início de Serviço – OS [...], descrevendo as atividades que serão desenvolvidas para o objeto dessa Especificação"*. Também para a unidade instrutiva, o edital prevê a execução de etapas que não se harmonizam com o conceito de serviço comum, merecendo destaque: a) *"análise ambiental comparativa das alternativas visando à escolha do traçado preferencial, segundo aspectos que definam a sensibilidade ambiental desse traçado"*; b) *"diagnóstico ambiental do traçado selecionado oferecendo informações integradas das áreas de influência, direta e indireta, dos meios físico (clima, geologia, solo, recursos minerais e hídricos), biótico (fauna e flora) e socioeconômico (aspectos demográficos, uso e ocupação do solo, patrimônio histórico, cultural e arqueológico, comunidades indígenas e quilombolas), que permitam a identificação de fatores e áreas de restrição ao projeto de implantação do sistema de transmissão"*. Ao sopesar a complexidade e a especificidade do objeto licitado, o relator considerou não ser possível classificá-lo como serviço comum, razão por que a representação deveria ser considerada procedente. No entanto, fez questão de ressaltar que o contrato resultante do pregão foi devidamente finalizado e os serviços prestados nos moldes pactuados, inexistindo indícios de dano ao erário. Portanto, a adoção do pregão, no caso concreto, não trouxe prejuízos ou consequências negativas à Administração. Considerando que o TCU, mediante o Acórdão n.º 1.978/2009-Plenário, já havia determinado à Chesf que se abstivesse de *"realizar licitações na modalidade pregão eletrônico para contratações de serviços especializados e complexos, reservando a adoção desse tipo de certame para contratações de serviços que possam ser enquadrados como comuns"*, o relator entendeu

dispensável a adoção de providências adicionais, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 1903/2010-Plenário, TC-010.314/2006-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, 04.08.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Responsabilidade do pregoeiro pela realização de pesquisa de preços

Não constitui incumbência obrigatória da comissão permanente de licitação (CPL), do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisa de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar pedido de reexame interposto contra o Acórdão n.º 6.753/2009-1ª Câmara, por meio do qual o Tribunal aplicou multa ao ora recorrente (pregoeiro), em decorrência de irregularidades identificadas em pregão instaurado pelo Governo do Estado de Roraima. Em seu voto, o relator constatou que a CPL publicara, em 29/12/2008, o edital do Pregão Presencial n.º 414/2008, cujo objeto era o registro de preços para eventual aquisição de gêneros alimentícios. Após a apresentação dos lances verbais, foi declarada vencedora empresa que ofertou proposta de R$ 6.241.000,00, ao passo que o valor estimado pela administração correspondia a R$ 9.160.477,95. Após a interposição de recurso, o pregoeiro decidiu desclassificar a vencedora, além de declarar fracassado o certame, por entender que *"a desclassificação das melhores propostas de preços infringiria o princípio da economicidade"*. Em 19/2/2009, foi publicado o edital do Pregão Presencial n.º 019/2009, idêntico ao certame anterior, sagrando-se vencedora, mais uma vez, aquela mesma empresa, oferecendo, desta feita, proposta no valor total de R$ 7.279.999,74. Considerando que o valor vencedor havia sido superior ao anterior, mas bastante inferior ao orçado (R$ 9.160.477,95), além do que o intervalo de tempo entre os editais fora de apenas pouco mais de um mês, o relator da deliberação recorrida concluiu que os preços de referência estavam superiores aos de mercado, imputando responsabilidade ao pregoeiro, ao responsável pela elaboração do edital e ao diretor do departamento encarregado da compra. Para o relator do recurso, no entanto, as responsabilidades *"devem ser imputadas tão somente a quem de direito"*, não cabendo aplicação de multa ao pregoeiro, *"pois ele não foi o responsável pela elaboração do edital e, principalmente, ateve-se estritamente aos termos deste"*. Com efeito, *"não haveria amparo legal, nem sequer editalício, para que, após a abertura das propostas, o pregoeiro deixasse de adjudicar o certame à empresa vencedora, com fundamento, unicamente, na última proposta apresentada pela atual vencedora em certame diverso, eis que aquele procedimento já se encontrava findo, tendo sido considerado, à época, fracassado. O que talvez pudesse ter sido feito seria, antes mesmo da publicação do referido edital, alterar as planilhas orçamentárias, ante as propostas apresentadas no certame precedente, mas tal atribuição caberia ao responsável por sua elaboração ou à autoridade responsável pelo certame, e não, frise-se, ao pregoeiro, que deveria, no caso concreto, conduzir o certame nos limites legais e do edital, previamente aprovado."*. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, a Primeira Câmara decidiu dar provimento ao recurso. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.445/2004 e 2.289/2006, ambos do Plenário; Acórdãos n.os 3.516/2007-1ª Câmara e 201/2006-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 4848/2010-1ª Câmara, TC-010.697/2009-9, rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Contratação de fundação de apoio mediante dispensa de licitação

É ilegal a contratação de fundação de apoio, por dispensa de licitação, para a execução de despesas que não se enquadrem como projetos de apoio a pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da Instituição Federal de Ensino Superior (IFES) contratante, nos termos da Lei n.º 8.958/94. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar a prestação de contas da Fundação Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) referente ao exercício de 2004, cuja principal irregularidade dizia respeito à transferência de recursos da IFES para a Fundação de Apoio Uniselva, por meio de contratos firmados sem o devido processo licitatório, objetivando a execução de obras (*"construção do biotério, de salas de aulas e do bloco de computação"*) e a aquisição de bens (*"equipamentos e animais para a fazenda experimental, aquisição de equipamentos de informática para laboratórios de ensino de graduação"*) para a universidade, atividades que não se enquadram nas hipóteses do art. 1º da Lei n.º 8.958/94. Em seu voto, o relator destacou que, à luz da jurisprudência do TCU, *"a transferência de recursos à fundação de apoio deve estar vinculada a projeto específico, com prazo determinado, previamente*

aprovado e voltado às mencionadas atividades, a ser aferido mediante efetiva melhoria de desempenho da universidade, o que, no caso vertente, não restou comprovado”. O principal argumento declinado para a contratação direta da Fundação Uniselva foi a ausência de tempo hábil para a realização da licitação, pelo fato de a liberação dos recursos ter ocorrido somente no final do exercício. Não obstante frisar que essa prática *“representa burla ao processo licitatório, não se coadunando com o espírito da Lei n.º 8.958, de 1994”*, o relator ponderou que várias deliberações do TCU têm-se mostrado sensíveis à questão e, conquanto tenham concluído pela não descaracterização da irregularidade, consideraram que a ocorrência, isoladamente, não teria força para macular as contas dos responsáveis. O relator também frisou que não são todas as situações que podem ensejar o referido desfecho, mas apenas aquelas extremadas e que não decorram da inércia do gestor, sendo, inequivocamente, a contratação direta da fundação de apoio a única opção restante para que os recursos recebidos sejam aproveitados, sob pena de comprometer o alcance dos fins da instituição. No caso concreto, a liberação dos recursos ocorreu somente nos últimos dias do ano de 2004, *“obviamente em tempo insuficiente para que a licitação fosse processada e concluída até o findar do exercício financeiro”*. Apesar de não se caracterizarem como projetos de pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da UFMT, *“os objetos contratados contribuíram de alguma forma para o desenvolvimento de área carente da entidade, voltados indubitavelmente para os fins educacionais e acadêmicos da entidade”*. Considerando, ainda, não restar comprovado prejuízo ou dano ao erário, o relator entendeu que poderiam ser parcialmente acolhidas as razões de justificativa do Reitor da UFMT e do Pró Reitor de Planejamento, e julgadas regulares com ressalva as contas desses responsáveis. A Segunda Câmara acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 599/2009 e 158/2010, ambos do Plenário; Acórdãos n.os 2.396/2009, 5.091/2009, 6.109/2009 e 2.396/2010, todos da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 4190/2010-2ª Câmara, TC-012.825/2005-7, rel. Min. José Jorge, 03.08.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 10 e 11 de agosto de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Enquadramento de empresa como microempresa ou empresa de pequeno porte: necessidade de declaração por parte da beneficiada

Em sede de Representação, apurava-se possível irregularidade atinente ao fato de uma empresa haver participado de diversas licitações na qualidade de empresa de pequeno porte (EPP), obtendo os benefícios da Lei Complementar 123/2006 – LC 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), sem atender, no entanto, as condições para o seu enquadramento como EPP, no exercício de 2007. Para o relator, "*a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte é feita mediante declaração da Junta Comercial, que a expede com base em informação da empresa interessada, com o requerimento à respectiva Junta do arquivamento da 'Declaração de Enquadramento de ME ou EPP'*". Do mesmo modo, ainda para o relator, "*cessadas as condições que permitiam o enquadramento como ME ou EPP, a empresa deverá fazer a 'Declaração de Desenquadramento'*". Assim, o enquadramento, bem como o desenquadramento, como microempresa ou empresa de pequeno porte é um ato declaratório, da iniciativa de quem pretende beneficiar-se da situação. Tal declaração, ressaltou o relator, é prestada sob as penas da lei, "*sujeitando os infratores às cominações legalmente estabelecidas*". Na espécie, a empresa favoreceu-se da condição de EPP, apesar de ter faturamento superior ao limite estabelecido (R$ 2.400.000,00), logrando vantagem indevida, portanto. Na conclusão do relator, "*A informação da perda da condição de ME ou EPP, por ser ato declaratório, era responsabilidade da empresa*", a qual, por não a ter feito e por ter auferido indevidamente os benefícios da LC 123/2006, cometeu, portanto *"ação que caracteriza fraude à licitação, ato grave que enseja declaração de inidoneidade para participar de licitações da administração pública federal*". Assim, o relator votou no sentido da procedência da representação, bem como pela declaração de inidoneidade da licitante para licitar e contratar com a Administração Pública pelo prazo de um ano, o que foi aprovado, unanimemente, pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1972/2010-Plenário, TC-019.423/2010-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 11.08.2010.***

Contratação direta por inexigibilidade de licitação: indicação de marca e modelo de equipamento a ser adquirido

Representação reportou ao Tribunal possíveis irregularidades na aquisição de equipamentos destinados ao Laboratório de Restauro da Cinemateca Brasileira. No caso concreto, a Cinemateca Brasileira adquiriu equipamento de marcação de luz com correção de cor e telecine DIXI, fabricado pela CTM-Debrie, invocando, para tanto, o art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93 (inexigibilidade de licitação em razão de se tratar de fornecedor exclusivo). Após a audiência do Diretor-Executivo da entidade auditada em razão da "*aquisição do equipamento de telecinagem e marcação de luz da CTM-Debrie por inexigibilidade com existência de outros fornecedores com equipamentos semelhantes disponíveis na Alemanha (MWA Professional Film & Audio Products), Estados Unidos (Grass Valley) e Inglaterra (Cintel International)*" a unidade técnica propôs a procedência da representação, em face da ausência de procedimento licitatório para a aquisição do citado equipamento. Todavia, ao analisar o assunto, o relator, discordando da unidade técnica, considerou mais adequada a proposta de encaminhamento apresentada pelo Ministério Público junto ao TCU - MP/TCU, o qual, em seu parecer, consignou que "*A impropriedade verificada na aquisição em exame não está somente na possível existência de equipamentos semelhantes ao desejado no mercado internacional, como aponta a unidade técnica, mas sim na indicação, desde o princípio, do modelo e da marca do equipamento que se pretendia comprar*". Após registrar que a indicação de marca, por si só, não constitui irregularidade, o MP/TCU foi de opinião que "*a ofensa ao art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93, se dá antes pela preferência a certa marca e modelo do equipamento desejado, do que pela falta de comprovação de sua exclusividade no mercado, fato também observado no caso concreto*". Todavia, pelas peculiaridades do caso concreto, dada a "*singularidade do objeto a ser adquirido, assaz incomum e com raros concorrentes no mercado mundial, não sendo sequer produzido no Brasil*", tendo em conta, ainda, que "*farta jurisprudência do Tribunal de Contas da União considera suficiente, na hipótese de ofensa ao disposto no art. 25, inc. I, do Estatuto das Licitações e considerando circunstâncias específicas de cada processo, que seja determinado ao órgão ou entidade que se abstenha de indicar a preferência de marca e que comprove cabalmente a inviabilidade de competição em função de o objeto pretendido só poder ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo*", o MP/TCU manifestou-se pela procedência parcial da representação, com a expedição de determinação corretiva para as futuras licitações a serem procedidas pela Cinemateca Brasileira. O Plenário, por sua vez, acolheu as conclusões do relator. Precedentes citados: Acórdãos n^os^

116/2008 e 2.099/2008, ambos da 1ª Câmara e 3.645/2008, 5.053/2008 e 2.809/2008, da 2ª Câmara, ***Acórdão n.º 1975/2010-Plenário, TC-019.589/2010-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 11.08.2010.***

Licitações de obras públicas: 1 – Exigência de vínculo empregatício dos responsáveis técnicos com a empresa licitante na data da entrega da proposta
Representação formulada ao TCU noticiou uma série de possíveis irregularidades relacionadas à Tomada de Preços nº 002/2010, do tipo menor preço, sob o regime de empreitada por preço global, cujo objeto, subvencionado parcialmente com recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, repassados por meio de convênio, consiste na contratação de empresa para construção de uma escola pública de educação infantil na sede do Município de Água Doce do Norte/ES e realizada pela Prefeitura da localidade. Uma dessas irregularidades seria a exigência de vínculo empregatício dos responsáveis técnicos de nível superior (engenheiros civil e elétrico) com a empresa licitante, na data prevista para entrega da proposta. Em sua análise, a unidade técnica destacou "*a existência de reiteradas deliberações desta Corte reputando tal exigência como descabida, porquanto impõe um ônus desnecessário às empresas, à medida que as obriga a manter em seus quadros empregados ociosos e altamente qualificados somente para participarem de licitações"*. Além disso, ainda conforme a unidade técnica, "*para o Tribunal, o fundamental para a Administração-Contratante é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seu mister quando da execução do futuro contrato, razão por que se mostra suficiente a existência de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação comum, interpretação essa que vai ao encontro do disposto no § 6º do art. 30, da Lei nº 8.666/93, quando estabelece que as exigências acerca de pessoal qualificado devam reputar-se atendidas mediante mera declaração de disponibilidade apresentada pela licitante*". Desse modo, por essa e pelas demais irregularidades, a unidade técnica sugeriu ao relator a suspensão cautelar da Tomada de Preços nº 002/2010, até que o Tribunal deliberasse em definitivo sobre as questões postas. O relator, com o aval do Plenário, acolheu a proposta da unidade técnica. Precedentes citados: Acórdãos nºs 2297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1547/2008, 1908/2008, 2382/2008, 103/2009, 727/2009, 80/2010, 326/2010, todos do Plenário e 434/2010-2ª Câmara. ***Decisão monocrática no TC-020.314/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 11.08.2010.***

Licitações de obras públicas: 2 – Obrigatoriedade de visita técnica ser realizada por responsável técnico da empresa previamente designado e em data única
Outra irregularidade apontada na Representação formulada ao TCU que noticiou uma série de possíveis irregularidades relacionadas à Tomada de Preços nº 002/2010, do tipo menor preço, sob o regime de empreitada por preço global, cujo objeto consiste na contratação de empresa para construção de uma escola pública de educação infantil na sede do Município de Água Doce do Norte/ES, foi a necessidade de visita técnica a ser realizada em data única e, obrigatoriamente, pelo engenheiro responsável pela obra. A esse respeito, enfatizou a unidade instrutiva que "*inexiste fundamento legal para que a visita técnica se faça obrigatoriamente pelo responsável técnico da empresa previamente designado"*, no caso, o engenheiro responsável pela obra. Para a unidade técnica, bastaria que a licitante apresentasse "*declaração da empresa indicando expressamente determinado profissional para o fim de tomar conhecimento do objeto a ser executado*". Além disso, a obrigatoriedade de que a visita técnica se dê em data única também não se mostra de acordo com disposições legais, bem como contraria entendimento do Tribunal. Desse modo, por essa e pelas demais irregularidades, a unidade técnica sugeriu ao relator a suspensão cautelar da Tomada de Preços nº 002/2010, até que o Tribunal delibere em definitivo sobre as questões postas. O relator, com o aval do Plenário, acolheu a proposta da unidade técnica. Precedentes citados: Acórdãos nºs 874/2007, 326/2010, 1264/2010, 1.332/2006, 1631/2007, todos do Plenário e 2028/2006-1ª Câmara. ***Decisão monocrática no TC-020.314/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 11.08.2010.***

Licitações de obras públicas: 3 – Exigência simultânea de patrimônio líquido mínimo e garantia de proposta, a ser apresentada até três dias antes da data para entrega dos envelopes
Ainda na Representação formulada ao TCU que noticiou uma série de possíveis irregularidades relacionadas à Tomada de Preços nº 002/2010, do tipo menor preço, sob o regime de empreitada por preço global, cujo objeto consiste na contratação de empresa para construção de uma escola pública de educação infantil na sede do Município de Água Doce do Norte/ES, foi informada a "*exigência simultânea de patrimônio líquido mínimo com a prestação de garantia prevista no art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, a ser apresentada até três dias antes da data para entrega da proposta, em afronta ao disposto no art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/1993*". No entender da unidade técnica, "*é pacífico nesta Corte que a exigência simultânea de capital*

social/patrimônio líquido mínimo com a prestação de garantia da proposta para certificação da qualificação econômico-financeira da proponente atenta contra o que reza o art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93". Quanto ao prazo estipulado - de até três dias antes da data agendada para apresentação dos documentos de habilitação e da proposta de preços - para prestação da garantia e sua comprovação junto à Comissão Permanente de Licitação, a unidade técnica destacou decisão monocrática, referendada pelo Plenário, nos autos do TC 004.287/2010-0, na qual se evidenciou que "*a exigência editalícia de garantia de participação correspondente a 1% do valor global previsto das obras, a ser prestada até três dias antes da data de apresentação dos documentos de habilitação e de proposta de preços, é altamente nociva, visto que permite conhecer de antemão as empresas que efetivamente participarão do certame, possibilitando, dessa forma, a formação de conluio para loteamento das obras*" (*Cautelar noticiada no Informativo/TCU nº 8/2010*). Citando, ainda, outro precedente jurisprudencial (Acórdão nº 557/2010 – Plenário), concluiu a unidade técnica que "*a comprovação documental de tal depósito deve ser inserida junto aos demais elementos relativos à habilitação – tido, por conseguinte, como data-limite -, não havendo razão plausível para que isso se faça anteriormente (o recolhimento, esse sim pode operar-se no interregno entre a publicação do edital e o início do certame)*". Desse modo, por essa e pelas demais irregularidades, a unidade técnica sugeriu ao relator a suspensão cautelar da Tomada de Preços nº 002/2010, até que o Tribunal delibere em definitivo sobre as questões postas. O relator, com o aval do Plenário, acolheu a proposta da unidade técnica. Precedentes citados: Decisão nº 1521/2002 e Acórdãos nºs 170/2007; 2656/2007; 1265/2009 e 326/2010, todos do Plenário. ***Decisão monocrática no TC-020.314/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 11.08.2010.***

Licitações de obras públicas: 4 – Ausência de detalhamento de itens que devem compor o BDI

Ainda na Representação formulada ao TCU que noticiou uma série de possíveis irregularidades relacionadas à Tomada de Preços nº 002/2010, do tipo menor preço, sob o regime de empreitada por preço global, cujo objeto consiste na contratação de empresa para construção de uma escola pública de educação infantil na sede do Município de Água Doce do Norte/ES, foi registrada a ausência de detalhamento dos itens que devem expressamente compor o BDI nas propostas a serem apresentadas pelos licitantes, de modo a evitar a falta de homogeneidade nas propostas e a aceitação de ofertas com BDI excessivos. A esse respeito, a unidade técnica consignou que "*o diploma interno da licitação ressente-se de disposição prevendo a necessidade de detalhamento pelas empresas em suas propostas comerciais, de forma explícita e sob pena de desclassificação, do percentual de BDI – Bonificação e Despesas Indiretas, bem como a descrição de todos os seus componentes (composição analítica), de forma a garantir maior transparência na execução das despesas e evitar sobrepreço no orçamento pela inclusão indevida de parcelas*". O edital, então, estaria limitado a descrever, em suas cláusulas, "*que os preços cotados haverão de compreender todos os custos diretos e indiretos, encargos, impostos, lucros, administração e outros, mediante declaração firmada pela proponente*". Assim, por essa e pelas demais irregularidades, a unidade técnica sugeriu ao relator a suspensão cautelar da Tomada de Preços nº 002/2010, até que o Tribunal deliberasse em definitivo sobre as questões postas. O relator, com o aval do Plenário, acolheu a proposta da unidade técnica. Precedentes citados: Acórdão nºs 220/2007; 325/2007; 1286/2007; 2656/2007; 440/2008; 2207/2009 e 1426/2010, todos do Plenário***. Decisão monocrática no TC-020.314/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 11.08.2010.***

Licitações de obras públicas: 5 – Não utilização dos sistemas oficiais de referências de preços para obras e serviços de engenharia

Na mesma Representação formulada ao TCU que noticiou uma série de possíveis irregularidades relacionadas à Tomada de Preços nº 002/2010, do tipo menor preço, sob o regime de empreitada por preço global, cujo objeto consiste na contratação de empresa para construção de uma escola pública de educação infantil na sede do Município de Água Doce do Norte/ES, outra irregularidade seria a inobservância dos sistemas oficiais de referências de preços nas licitações de obras e serviços de engenharia, o que vai de encontro às disposições estabelecidas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias - LDO (art. 109 da Lei 11.768/2008 - LDO para o exercício de 2009 e art. 112 da Lei 12.017/2009 - LDO para o exercício de 2010), que versam sobre a utilização do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi e do Sistema de Custos Rodoviários - Sicro. Acerca de tal situação, a unidade técnica registrou que *a disciplina para atribuição de preço a serviços cuja necessidade de execução somente seja conhecida supervenientemente, com o uso de referenciais de preços que não os habitualmente empregados pelo Tribunal, põe sob suspeição a razoabilidade de seu manejo – comparativamente ao Sinapi – e sinaliza que a própria formação da estimativa de custos da obra tenha se valido da base ali citada (Tabela Referencial de*

Preços do Laboratório de Orçamentos da Universidade Federal do Espírito Santo - FCAA/LABOR). Assim, haveria a utilização de sistema referencial de preços distinto daqueles usualmente utilizados pelo Tribunal. Desse modo, por essa e pelas demais irregularidades, a unidade técnica sugeriu ao relator a suspensão cautelar da Tomada de Preços nº 002/2010, até que o Tribunal deliberasse em definitivo sobre as questões postas. O relator, com o aval do Plenário, acolheu a proposta da unidade técnica. ***Decisão monocrática no TC-020.314/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 11.08.2010.***

Licitações e contratos na área de educação: 1 - Exigência de número mínimo de profissionais nos quadros permanentes da licitante e de serviços prestados anteriormente à Administração por número mínimo de meses
Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Aquiraz/CE, com o objetivo de verificar a regularidade das despesas realizadas pelo Município, envolvendo recursos dos programas vinculados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, nos exercícios de 2007 a agosto de 2008, identificou irregularidades tanto nas licitações, quanto nos contratos auditados. Uma dessas irregularidades, relacionada à Concorrência 001/2004, cujo objeto era o transporte escolar, foi a exigência editalícia do número mínimo de 25 (vinte e cinco) motoristas no quadro permanente de funcionários das empresas participantes da licitação e de serviços anteriores prestados à Administração, por, no mínimo, 12 (doze) meses. Na opinião do relator, a exigência, limitadora da competitividade do certame, ofenderia o art. 30, § 5º, da Lei 8.666 de 1993. Ao examinar o assunto, afirmou o relator que "*não haveria óbice à licitante vencedora, após o julgamento do certame, realizar a contratação de motoristas qualificados para o exercício dos cargos exigidos. Igualmente, é descabida a comprovação de prestação de serviços anteriores à Administração. As exigências editalícias podem ter afastado outros competidores capazes de cumprir o objeto do procedimento licitatório*". Rejeitou, consequentemente, as justificativas apresentadas pelas responsáveis. Todavia, por não ter vislumbrado intenção de direcionamento do certame à empresa vencedora, bem como por concluir que o objetivo da Administração, apesar de equivocado, tem relação com a natureza dos serviços, os quais envolvem a segurança das crianças e professores transportados, o relator deixou, neste ponto, de propor a aplicação de multa aos responsáveis sem prejuízo de expedição de determinação corretiva à municipalidade, para licitações futuras. O Plenário, por unanimidade, acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 1982/2010-Plenário, TC-027.116/2008-0, rel. Min. José Jorge, 11.08.2010.***

Licitações e contratos na área de educação: 2 – Fragilidades na fiscalização de contrato
Ainda na Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Aquiraz/CE, com o objetivo de verificar a regularidade das despesas realizadas pelo Município, envolvendo recursos dos programas vinculados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, nos exercícios de 2007 a agosto de 2008, a equipe de auditoria identificou fragilidades na fiscalização de contrato firmado entre a Prefeitura e a empresa responsável por transportar crianças estudantes da rede pública de educação. Ao destacar que a subcontratação dos serviços, não prevista no contrato de transporte escolar e no edital da Concorrência 001/2004, transparecia a fragilidade na fiscalização no contrato decorrente, o relator deixou claro que "*cabe à Administração acompanhar e fiscalizar os contratos celebrados, anotando as ocorrências identificadas, com determinações aos responsáveis para que regularizem as faltas ou defeitos observados*". Assim, na linha do sugerido pela unidade técnica, votou pela aplicação de multa aos responsáveis, sem prejuízo de determinação corretiva ao município, para futuras contratações. O Plenário, por unanimidade, acompanhou o voto do relator. ***Acórdão n.º 1982/2010-Plenário, TC-027.116/2008-0, rel. Min. José Jorge, 11.08.2010.***

Dispensa de licitação com base em situação emergencial ou calamitosa: necessidade de justificativa de preços a serem praticados
"*Em casos de dispensa de licitação... há a necessidade de se fazer consignar nos autos do respectivo processo elementos que demonstrem a compatibilidade dos preços contratados com aqueles vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços, bem como que foi consultado o maior número possível de fornecedores ou executantes*". Esse foi o entendimento ao qual chegou o relator, em seu voto, ao apreciar denúncia formulada ao TCU, com notícias a respeito de supostos procedimentos irregulares adotados na contratação de serviços advocatícios pela Companhia Energética do Piauí – Cepisa. Na espécie, foram contatados, e contratados, dois escritórios de advocacia que já prestavam serviços à Cepisa, com base na dispensa de licitação prevista no inc. IV, art. 24, Lei 8.666/1993 (situação emergencial ou calamitosa). Conforme a unidade técnica do TCU, a Cepisa, ao apresentar suas razões de justificativa, entendeu que os preços a serem praticados estariam compatíveis com

o mercado, dado que "*se atualizando o valor, por processo, nos contratos anteriores (R$ 25,00) pelo índice IGP-M tem-se R$ 28,42, valor este menor do que o preço proposto, por processo, pelos dois escritórios a serem contratados (R$ 28,00)*". Ao examinar o assunto, a unidade instrutiva consignou que "*não houve consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços. Portanto, não resta comprovada a razoabilidade do preço...* ". Por consequência, propôs o encaminhamento de alerta à Cepisa, de modo a evitar ocorrências semelhantes em futuros procedimentos licitatórios. Ao final, ao concluir pela improcedência da denúncia, com o levantamento do sigilo dos autos, o relator acolheu, no ponto, a manifestação da unidade técnica de se expedir o alerta à Cepisa, o que foi aprovado, por unanimidade, pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2019/2010-Plenário, TC-008.804/2009-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 11.08.2010.***

Restrições à competitividade: Exigência, para fins de comprovação da qualidade do café a ser fornecido, de certificado emitido pela ABIC

Em representação de licitante, foi informada ao TCU possível restrição à competitividade do Pregão Eletrônico nº 7/2010, cujo objeto é a aquisição de café, realizado pela Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em Santos - SP. Na essência, a restrição à competitividade ocorrera em face de constar do edital exigência de certificado emitido pela Associação Brasileira da Indústria do Café (ABIC), para a comprovação da qualidade do produto (café). Na Sessão de 21/07/2010, o Plenário referendou medida cautelar deferida pelo relator que havia determinado a suspensão dos procedimentos relativos à citada contratação (*Decisão noticiada no Informativo/TCU n.º 26/2010*). Desta feita, na análise de mérito da questão, o relator registrou reconhecer a "*boa intenção dos responsáveis em realizar uma compra adequada resguardando o erário*". Todavia, ressaltou que "*a irregularidade não está na busca de condições mínimas para o objeto a ser fornecido, ação sempre desejável. O que afronta a lei é a exigência exorbitante de apresentação do selo da ABIC, quando existem laboratórios credenciados pela Rede Brasileira de Laboratórios Analíticos de Saúde (habilitados pela Vigilância Sanitária) para atestar a qualidade do produto em questão*". Assim, o relator, ao concordar com a unidade técnica, e na mesma linha do que já havia afirmado quando da apreciação da medida cautelar anterior, destacou que "*o ponto central da análise da representação consiste no fato de que o referido selo não é a única forma de garantir a compra de um café com boas características. Desse modo, deve ser permitido a todos licitantes fazerem uso de outras entidades credenciadas, incrementando, assim, a efetiva concorrência e a amplitude da participação*". Em consequência, considerou indevida a exigência de associação dos licitantes à ABIC, uma vez que tal fato pode ter provocado, ainda que maneira indireta, desistência prévia de potenciais participantes. Ao considerar procedente a representação, o relator votou pela emissão de determinação à Gerência do INSS em Santos - SP, no sentido de adotar as medidas necessárias com vistas à anulação do Pregão Eletrônico nº 7/2010, sem prejuízo de outras determinações corretivas, para futuras licitações. O Plenário aprovou, por unanimidade, o voto do relator. Precedente citado: Acórdãos nº 672/2010, e nº 1.354, ambos da 1ª Câmara do TCU. ***Acórdão n.º 1985/2010-Plenário, TC-019.176/2010-4, rel. Min. José Múcio Monteiro, 11.08.2010.***

Auditoria em licitações e contratos: 1 - Uso do pregão para contratação de serviços de consultoria

Em auditoria realizada no município de Goiânia, com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos públicos federais transferidos à municipalidade por intermédio de convênios e contratos de repasse, equipe de auditoria do Tribunal apontou possível irregularidade no uso do pregão para contratação de serviços de consultoria. Em sua opinião, o pregão não serviria a tal situação, uma vez que "*... os serviços de consultoria, por sua natureza, não devem ser classificados como comuns, isso porque não possuem padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado, consoante exige o comando contido no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/2002*". O relator, ao divergir da unidade técnica, ressaltou que "*... não deve prosperar o entendimento de que nenhum serviço de consultoria possa, a priori, 'ser classificado como comum'. Diversos serviços enquadráveis em tal categoria, assim entendidos aqueles em que se espera a realização do estudo de determinada situação e a subsequente proposta de solução para os problemas aí identificados, têm sido considerados, por este Tribunal, como perfeitamente licitáveis mediante pregão, bastando, para tanto, que seja possível sua definição objetiva no edital, por meio de especificações usuais de mercado, não havendo necessidade, nem mesmo, de que eles sejam simples. O entendimento desta Corte, ademais, para tais casos, é de que a adoção do Pregão é obrigatória, presentes as disposições da Lei 10.520/2003*". Assim, o relator, no ponto, e em razão da divergência, deixou de acompanhar o entendimento da unidade técnica quanto à inadequação do uso do pregão para se contratar serviços de consultoria, no que foi acompanhado pelo

Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2285/2009, do Plenário do TCU. ***Acórdão n.º 1.989/2010-Plenário, TC-006.206/2010-7, Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 11.08.2010.***

Auditoria em licitações e contratos: 2 - Contratação de obras públicas a serem executadas na vizinhança de bem tombado

Outra irregularidade identificada pela unidade técnica em auditoria realizada no município de Goiânia, com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos públicos federais transferidos à municipalidade por intermédio de convênios e contratos de repasse foi a ausência de renovação de autorização prévia do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) para execução de obra pública na vizinhança de bem tombado. Faticamente, a autorização referida já se encontrava expirada, quando da data prevista para o início das obras, em contrariedade ao art. 18 do Decreto-Lei 25, de 1937. Ao analisar o assunto, o relator enfatizou que "*a execução de obras na vizinhança de coisa tombada sem autorização válida do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional pode, nos termos do art. 18 do Decreto-lei 25/1937, resultar, até mesmo, na perda de todos os recursos aplicados, caso os parâmetros daquilo que for realizado não vierem a ser aprovados*". Votou, em consequência, pelo encaminhamento de alerta à Prefeitura de Goiânia de que o início das obras em questão ocorresse após a devida renovação da autorização junto ao Iphan. O Plenário, por unanimidade, aprovou a proposição. ***Acórdão n.º 1.989/2010-Plenário, TC-006.206/2010-7, Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 11.08.2010.***

Licitações e contratos de obras: encargos sociais incidentes sobre custos com profissionais relacionados à "Administração Local"

"*A utilização de índices de encargos sociais superiores aos previstos pelo Sinapi deve ensejar a repactuação contratual*". Foi esse o entendimento a que chegou o relator, ao examinar Representação formulada ao TCU em razão de possíveis irregularidades na contratação efetivada pelo Terceiro Comando Aéreo Regional – III Comar, visando à construção de Vila Olímpica para os V Jogos Mundiais Militares, na área dos Afonsos, no Rio de Janeiro/RJ. Dentre as ocorrências que motivaram a oitiva de responsáveis do III Comar, estava a incidência de índice indevido de encargos sociais sobre os custos com profissionais contratados para as obras em foco, mais especificamente, profissionais relacionados ao item "Administração Local". Fora utilizado o índice de 107% para os encargos sociais incidentes sobre os custos relacionados aos profissionais da Administração Local, o que estaria, de acordo com a empresa contratada, abaixo do estabelecido pelo Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal, e que, de acordo com a Lei 11.768, de 2008, de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2009 (LDO/2009), serve como referência para obtenção do custo global de obras e serviços a serem executados com recursos dos orçamentos da União (art. 109, LDO/2009). Ao analisar a matéria, a unidade técnica evidenciou que se utilizou, indevidamente, a unidade de tempo hora-homem para cálculo dos encargos sociais dos profissionais de Administração Local, multiplicando-se o custo por hora por 220, para a obtenção do total mensal, o que, no entender da unidade técnica, reflete a prática do mercado de construção civil para esse item, calculado com base no custo mensal, daí o uso do multiplicador (220). Desse modo, prosseguiu a unidade instrutiva, ao cuidar dos profissionais de Administração Local, destacando que "*Pela prática de mercado da construção civil, a contratação de profissionais para área de gerenciamento, comando, administração e outros do mesmo gênero não condiz com a remuneração horária, mas mensal, haja vista, em regra, não terem carga horária diretamente variável em função das quantidades de serviço medidas para efeito de remuneração, tal como os pedreiros e serventes*". Por consequência, caberia o ajuste dos encargos sociais dos profissionais de Administração Local para 82%, em conformidade com o Sinapi. O relator, ao concordar com as análises feitas pela unidade técnica, concluiu ser o regime de contratação o mensalista e não o horista. Desse modo, em linha com o sugerido pela unidade técnica, votou pela determinação de repactuação do Contrato examinado "*no que concerne às parcelas pagas e a pagar, alterando o percentual de encargos sociais dos profissionais da "Administração Local" para 82%, como o previsto no Sinapi, em cumprimento ao art. 109 da Lei n. 11.768/2008 (LDO de 2009)*". O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 1.996/2010-Plenário, TC-026.337/2009-5, Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 11.08.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Licitação para passagens aéreas: 1 - desnecessidade de a empresa prestadora dos serviços possuir turismólogo como responsável ou administrador

Representação noticiou ao Tribunal suposta restrição à competição, envolvendo o Pregão Eletrônico nº 001/2008 realizado pela Superintendência Regional do Incra no Amapá (SR(21)AP), que envolvia prestação de serviços de reserva, emissão, marcação/remarcação e fornecimento de bilhetes de passagens aéreas nacionais, rodoviárias nacionais e fluviais nacionais. Ao analisar o assunto, a unidade instrutiva cuidou, basicamente, de duas irregularidades. A primeira dizia respeito à necessidade de a empresa licitante possuir um Turismólogo como responsável/administrador, considerado, pela representante, exigência excessiva em razão da natureza do objeto da contratação. Observou a unidade técnica que "*no caso de contratação de serviço de fornecimento de passagem, o objeto não demanda conhecimento técnico, pois se trata de serviço comum*", e não serviço técnico especializado. Ressaltou, porém, que "*nos dois pregões subsequentes, cujo objeto foi o mesmo da licitação em análise e que estiveram sob a responsabilidade do mesmo servidor, a referida exigência deixou de figurar no edital*". A unidade técnica concluiu que "*a exigência do requisito em questão, ainda que tenha restringido em parte a competitividade, não provocou prejuízo ao erário*", sendo que apenas uma empresa teria sido desclassificada, por não atender tal exigência. O relator, em sua análise, observou que "*No caso de contratação de serviço de fornecimento de passagem, é de todo evidente que o objeto contratado não requer que o responsável/administrador da licitante seja bacharel em Turismo, mostrando-se excessiva e em desacordo com o disposto no art. 30 da Lei nº 8.666/1993*". Ao final, por considerar não haver evidência de má-fé, dano ao erário ou direcionamento do certame, acolheu a proposta da unidade técnica de não se aplicar multa ao responsável, concluindo, e propondo ao Colegiado, a procedência parcial da representação, com expedição de correspondente alerta à unidade jurisdicionada, de modo a evitar ocorrências em licitações futuras que possam potencialmente restringir a competitividade dos certames. ***Acórdão n.º 5.013/2010-1ª Câmara, TC-007.069/2010-3, Min-Subst. Weder de Oliveira, 10.08.2010.***

Licitação para passagens aéreas: 2 – Aglutinação, em único item, de serviços de fornecimento de passagens aéreas, fluviais e rodoviárias

Outra possível irregularidade envolvendo o Pregão Eletrônico nº 001/2008, realizado pela Superintendência Regional do Incra no Amapá (SR(21)AP), cujo o objeto era a prestação de serviços de reserva, emissão, marcação/remarcação e fornecimento de bilhetes de passagens aéreas nacionais, rodoviárias nacionais e fluviais nacionais, foi a "*aglutinação de fornecimento de passagens aéreas, fluviais e rodoviárias em um único item, em afronta à legislação (art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/1993)*". Com relação ao assunto, a unidade técnica considerou que "*a aglutinação de passagens aéreas, fluviais e rodoviárias em um único item, a despeito de ser prática ainda adotada por vários órgãos na Administração Pública Federal, pode, potencialmente, provocar restrição de competidores, sobretudo daqueles que não trabalham os três modais conjuntamente*". Todavia, no caso concreto, os gestores, em resposta à audiência promovida, informaram já terem ocorrido, anteriormente, dois processos licitatórios que forem desertos quanto ao fornecimento de passagens fluvio-marinhas e rodoviárias nacionais, pois as empresas potencialmente interessadas não compareceram aos certames, em razão do parcelamento do objeto. Desse modo, reconheceu a unidade técnica que "*no Estado do Amapá, a separação do objeto licitado em três itens distintos não gerou o efeito desejado*". De sua parte, o relator, quanto ao não parcelamento do objeto, entendeu não ter ocorrido desrespeito à Lei de Licitações, pois a divisão do objeto, embora fosse possível, não se poderia dizer que fosse indispensável. Destacou o relator: "*No caso ora analisado, a realidade do mercado mostrou que a divisão da contratação em três lotes distintos não satisfez integralmente a necessidade da Administração*", uma vez que nas situações em que houve o parcelamento, "*não acudiram interessados para o fornecimento de bilhetes de passagens rodoviárias nem passagens fluvio-marinhas, apenas para passagens aéreas, o que corrobora a avaliação de que não foi desarrazoada a decisão de se fazer a licitação para fornecimento de passagens em todos os modais*". Ao final, por considerar não haver evidência de má-fé, dano ao erário ou direcionamento do certame, acolheu a proposta da unidade técnica de não se aplicar multa ao responsável, concluindo, e propondo ao colegiado, a procedência parcial da representação, com expedição de correspondente alerta à unidade jurisdicionada, de modo a evitar ocorrências em licitações futuras que possam potencialmente restringir a competitividade dos certames. ***Acórdão n.º 5.013/2010-1ª Câmara, TC-007.069/2010-3, Min-Subst. Weder de Oliveira, 10.08.2010.***

SEGUNDA CÂMARA

Pregão para registro de preços: 1 – Estimativa dos quantitativos a serem contratados
Em representação formulada ao TCU, empresa participante de pregão, para fins de registro de preços destinado à contratação de serviços gráficos, de confecção de **banners** e de diagramação em atendimento à necessidade do Ministério do Esporte, alegou, em síntese, que a vencedora do certame ofertara preço manifestamente inexequível, e que o recurso interposto por ela, representante, contra a oferta da empresa vencedora fora negado pelo pregoeiro, sem nenhuma motivação técnica ou jurídica. Na instrução inicial, a unidade técnica apontou farta jurisprudência do Tribunal, "*no sentido de que cabe à administração facultar às licitantes a oportunidade de comprovar a viabilidade dos preços cotados, para, só então, desclassificar as propostas inexequíveis*". Todavia, a unidade técnica apontou outra possível irregularidade, relativa aos quantitativos estimativos a serem objeto de futuras contratações, com base no registro de preços examinado. A esse respeito, a unidade técnica consignou que "*o sistema de registro de preços é utilizado justamente para os casos em que não for possível à Administração definir previamente com precisão o quantitativo a ser demandado*". Entretanto, ainda para a unidade técnica, "*o TCU possui jurisprudência no sentido de que a licitação deve estabelecer valores mínimos e máximos para os itens licitados*". Desse modo, "*caberia ao ministério, com base em suas expectativas de consumo para o período de vigência da ata, ter estimado no edital as quantidades mínimas e máximas de demanda de cada produto, até para que os licitantes interessados, com base em possíveis ganhos de escala, pudessem melhor formular seu preços*". Consequentemente, propôs a expedição de alerta ao Ministério do Esporte, para que, "*em certames futuros com adoção do sistema de registro de preços, estabeleça, ainda que de forma estimativa, quantidades mínimas e máximas para as aquisições durante a validade da respectiva ata*". O relator acolheu, integralmente, a análise procedida, no que foi acompanhado pelos demais membros do Colegiado. Precedentes citados: Acórdãos nºˢ 697/2006; 363/2007; 2.646/2007; 141/2008; 1.100/2008; 1.616/2008 e 294/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 4.411/2010-2ª Câmara, TC-013.365/2010-0, Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 10.08.2010.***

Pregão para registro de preços: 2 – Deficiências na composição do orçamento do objeto da licitação
Ainda na representação formulada ao TCU por empresa participante de pregão, para fins de registro de preços, para a contratação de serviços gráficos, de confecção de **banners** e de diagramação em atendimento à necessidade do Ministério do Esporte, outra suposta irregularidade verificada pela unidade técnica foi a possível deficiência na composição do orçamento do objeto da licitação. Para a Secretaria de Controle Externo, após analisar o assunto, "*a metodologia utilizada pelo Ministério para estimar o valor da licitação mostrou-se pertinente*", a despeito de ter sido estimado valor maior do que o deveria ter sido. No caso, considerou a unidade técnica que a estimativa a maior, além de implicar diferença *"não significativa no valor previsto no edital (cerca de 10%), não prejudicou o andamento do certame, especialmente no que toca à competitividade, dado o grande número de participantes e o desconto obtido pela Administração. Em sentido contrário, poderia até se considerar que o valor estimado a maior pode ter atraído mais licitantes do que ocorreria se fosse previsto um valor mais baixo para a licitação*". Todavia, o relator considerando a discrepância verificada entre os preços unitários contratados e o elevado desconto oferecido no pregão em relação ao orçamento elaborado pela administração (da ordem de 70%), entendeu necessário "*alertar o Ministério do Esporte para que, na elaboração de orçamento estimativo de futuros certames envolvendo objeto semelhante ao do Pregão Eletrônico 15/2010, bem como relativo a qualquer outro certame processado para o registro de preços, atente para a necessidade de alinhamento dos orçamentos aos preços correntes de mercado*". Sua proposta contou com a anuência do Colegiado. ***Acórdão n.º 4.411/2010-2ª Câmara, TC-013.365/2010-0, Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 10.08.2010.***

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 17 e 18 de agosto de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Requisitos de habilitação indevidos: 1 - Exigência simultânea de capital social mínimo e de garantia da proposta
Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no edital da Concorrência n.º 002/2009, destinada à contratação das obras do Centro de Convenções de Umuarama/PR, envolvendo recursos federais transferidos pelo Ministério do Turismo. Entre as supostas irregularidades, as quais justificaram a oitiva do Prefeito Municipal, mereceu destaque a *"exigência simultânea de comprovação de capital social mínimo e de apresentação de garantia da proposta [...], decorrente do descumprimento do art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93"*. Em seu voto, o relator destacou que a exigência simultânea, na fase de habilitação, de capital social ou patrimônio líquido mínimo e de garantia da proposta é, de fato, irregular. Além de extrapolar as exigências de qualificação econômico-financeira previstas em lei, ela poderia prejudicar o caráter competitivo da licitação. No entanto, o relator concordou com a unidade técnica que, no caso concreto, a aludida impropriedade não teve o condão de afetar a competitividade do certame. Assim sendo, a fim de evitar a sua repetição em futuras licitações com recursos federais e de cumprir a função pedagógica do Tribunal, o Plenário, acolhendo o voto do relator, decidiu expedir alerta à Prefeitura Municipal de Umuarama/PR. ***Acórdão n.º 2035/2010-Plenário, TC-005.033/2010-1, rel. Min. Valmir Campelo, 18.08.2010***.

Requisitos de habilitação indevidos: 2 - Necessidade de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a licitante
Outra possível irregularidade apontada no edital da Concorrência n.º 002/2009, destinada à contratação das obras do Centro de Convenções de Umuarama/PR, envolvendo recursos federais transferidos pelo Ministério do Turismo, foi a *"exigência de comprovação de vínculo empregatício entre o responsável técnico, elencado no subitem 3.3.7, e a proponente, mediante registro em carteira de trabalho e ficha de registro da empresa, decorrente do descumprimento do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, e de reiteradas decisões deste Tribunal"*. Em seu voto, o relator ressaltou que a exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a proponente, na fase de habilitação, é, de fato, irregular. Além de extrapolar as exigências de qualificação técnico-profissional, ela poderia prejudicar o caráter competitivo da licitação. No entanto, o relator concordou com a unidade técnica que, no caso concreto, a aludida impropriedade não teve o condão de afetar a competitividade do certame. Dessa forma, a fim de evitar a sua repetição em futuras licitações com recursos federais e de cumprir a função pedagógica do Tribunal, o Plenário, nos termos do voto do relator, decidiu expedir alerta à Prefeitura Municipal de Umuarama/PR. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.170/2008, 800/2008, 141/2008 e 1.100/2007, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2035/2010-Plenário, TC-005.033/2010-1, rel. Min. Valmir Campelo, 18.08.2010***.

Licitação para execução de obras: 1 - Número mínimo de atestados para comprovação da capacitação técnico-operacional
O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando à Prefeitura Municipal de Ibatiba/ES que se abstivesse de praticar *"quaisquer atos visando dar execução"* aos contratos decorrentes das Tomadas de Preços n.os 3 a 8/2010, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões levantadas em processo de representação. Os referidos certames tiveram como objeto, em síntese, a construção de praças e a execução de obras de drenagem e pavimentação em ruas do município. Em seu despacho, o relator destacou que a exigência de número mínimo de atestados, para comprovar a capacitação técnico-operacional, tem sido reiteradamente rejeitada pelo TCU, porque, além de estar em dissonância com a Lei n.º 8.666/93, desiguala, em tese, concorrentes com as mesmas qualificações técnicas. Assinalou, no entanto, que o Tribunal, por vezes, a admite, desde que o estabelecimento de um número definido seja justificado e considerado necessário à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público. No caso concreto, entretanto, *"mostrou-se imprópria, a princípio, a cláusula em questão"*. Segundo o relator, este e outros fatos mencionados pela representante, somados ao pequeno número de empresas que acorreram a cada um dos certames, suscitavam questionamentos acerca da real disputa entre os participantes. Por fim, o relator considerou presentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, requisitos indispensáveis ao deferimento da medida cautelar, referendada pelo Plenário. ***Decisão monocrática no TC-021.115/2010-9, rel. Min. Benjamin Zymler, 18.08.2010***.

Licitação para execução de obras: 2 - Exigência editalícia de que um dos atestados envolva objeto idêntico ao licitado
O relator comunicou ao Plenário haver adotado medida cautelar determinando à Prefeitura Municipal de Ibatiba/ES que se abstivesse de praticar *"quaisquer atos visando dar execução"* aos contratos decorrentes das Tomadas de Preços n.os 3 a 8/2010, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões levantadas em processo de representação. Os referidos certames tiveram como objeto, em síntese, a construção de praças e a execução de obras de drenagem e pavimentação em ruas do município. Em seu despacho, o relator chamou a atenção para o fato de que o edital exigia que um dos atestados apresentasse objeto idêntico ao licitado, ao passo que a Lei n.º 8.666/93, em seu art. 30, § 1º, I, estabelece que a comprovação de aptidão para execução de obra ou serviço deve ser pertinente e compatível, em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação. Para o relator, a melhor exegese da norma é a de que *"a referida comprovação de aptidão deva ser demonstrada exclusivamente mediante a comprovação de serviços similares, e não idênticos àqueles a serem contratados. Os quesitos a serem exigidos nos atestados devem, ainda, ficar restritos ao mínimo necessário a assegurar a competência técnica da licitante"*. De acordo com o relator, este e outros fatos mencionados pela representante, somados ao pequeno número de empresas que acorreram a cada um dos certames, suscitavam questionamentos acerca da real disputa entre os participantes. Por fim, considerou presentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, requisitos indispensáveis ao deferimento da medida cautelar, referendada pelo Plenário. ***Decisão monocrática no TC-021.115/2010-9, rel. Min. Benjamin***

Zymler, 18.08.2010.

Licitação para execução de obras: 3 - Necessidade de a vistoria técnica ser realizada, em data única, pelo engenheiro responsável

O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando à Prefeitura Municipal de Ibatiba/ES que se abstivesse de praticar *"quaisquer atos visando dar execução"* aos contratos decorrentes das Tomadas de Preços n.os 3 a 8/2010, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões levantadas em processo de representação. Os referidos certames tiveram como objeto, em síntese, a construção de praças e a execução de obras de drenagem e pavimentação em ruas do município. Em seu despacho, o relator ressaltou que a exigência de que a vistoria técnica fosse realizada, necessariamente, pelo engenheiro responsável pela execução da obra não guarda correspondência com a legislação que disciplina a matéria. Isso porque o art. 30, III, da Lei n.º 8.666/93 admite exigir do participante comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que tomou conhecimento das informações e condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação, porém não fixa a necessidade de que um engenheiro visite pessoalmente as instalações para avaliação das condições de execução dos serviços. O que deve ser levado em consideração é *"o ônus imposto aos licitantes para o cumprimento desses requisitos e sua razoabilidade e proporcionalidade em face da complexidade dos serviços a serem executados"*. No que diz respeito à designação de data única para a realização de vistoria no local das obras, o relator assinalou ser uma prática que deve ser evitada, dada a possibilidade de acarretar prejuízo à formulação das propostas por parte dos interessados. Segundo ele, estes e outros fatos mencionados pela representante, somados ao pequeno número de empresas que acorreram a cada um dos certames, suscitavam questionamentos acerca da real disputa entre os participantes. Por fim, o relator considerou presentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, requisitos indispensáveis ao deferimento da medida cautelar, referendada pelo Plenário. ***Decisão monocrática no TC-021.115/2010-9, rel. Min. Benjamin Zymler, 18.08.2010***.

Início de obras emergenciais sem a assinatura do respectivo contrato

O TCU tem firmado entendimento no sentido de que, no caso das obras rodoviárias do Programa Emergencial de Trafegabilidade e Segurança nas Estradas (Petse), a ausência de instrumento de contrato, desde que reste comprovada a não ocorrência de atos lesivos ao erário, é irregularidade que permite a continuidade da obra mediante o saneamento do vício original. Com base nesse entendimento, ao apreciar relatório de levantamento de auditoria realizado nas obras emergenciais da Ponte Manoel Ribas, na BR-476/PR, em que se identificou tal irregularidade, o relator, dissentindo da unidade técnica, ponderou que os serviços de restauração, urgentemente demandados, não poderiam se subordinar ao *"lento processamento burocrático das preliminares formais da contratação"*. No caso concreto, embora os trâmites burocráticos para a assinatura do contrato tenham sido particularmente longos – quase cinco meses depois de iniciados os serviços –, o relator entendeu ser aplicável o posicionamento uniformemente adotado pelo Tribunal diante dessa irregularidade. Com efeito, *"nada de mais grave resultou da inexistência do contrato durante os serviços iniciais, tendo ambas as partes contratantes se exposto a riscos comparáveis pela falta do instrumento"*, em prol da celeridade na execução dos serviços. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.153/2006, 1.666/2006 e 395/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2049/2010-Plenário, TC-002.385/2006-2, rel. Min. Augusto Nardes, 18.08.2010***.

Risco de "jogo de planilha": impossibilidade de o desconto originalmente obtido na licitação vir a ser reduzido em favor da contratada, em decorrência de aditamentos

Levantamento de auditoria nas obras de dragagem e adequação da navegabilidade no Porto de São Francisco do Sul/SC identificou que, tanto o orçamento integrante do projeto básico elaborado pela empresa Hidrotopo Consultoria e Projetos Ltda., quanto o confeccionado pelo Centro de Excelência em Engenharia e Transportes (Centran) – órgão constituído a partir da conjugação de esforços do Ministério dos Transportes e do Ministério da Defesa, com vistas a analisar e aprovar o anterior –, continham as seguintes irregularidades: 1º) *"o orçamento do Centran, em termos globais, apresenta sobrepreço da ordem de 13,9%, sendo que o item dragagem comporta sobrepreço de 35,9%"*; 2º) *"o orçamento da Hidrotopo (que integrou o Projeto Básico) apresenta sobrepreço total de 9,9%, sendo 28,1% atinentes ao item dragagem"*. No entanto, no contrato firmado, *"o sobrepreço global calculado foi de apenas 3,1%, afastando a efetiva caracterização de sobrepreço"*. Mesmo assim, a equipe de auditoria alertou que *"a proposta vencedora da licitação apresentou maior desconto para os serviços de derrocamento, cerca de 10%, oferecendo, para a dragagem,*

desconto de apenas 1%", não estando afastado, portanto, o risco de eventual "jogo de planilha". Para o relator, não obstante os preços cotados por item, pela empresa contratada, terem sido todos iguais ou inferiores aos dos orçamentos elaborados pela Hidrotopo e pelo Centran, o que se constatou foi que, *"especificamente no item dragagem, justamente aquele em que o Consórcio Somar - Boskalis ofereceu menor desconto (cerca de 1%), os orçamentos elaborados a mando da SEP/PR já continham sobrepreço, respectivamente de 28,1% e 35,9%"*. Diante desse quadro, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar à Secretaria Especial de Portos que, na hipótese de virem a ser firmados aditivos que incluam ou suprimam quantitativos de serviços, *"se identificada a configuração de 'jogo de planilhas', cuide para que, nos termos do § 6º do art. 109 da Lei 11.768/2008 (LDO 2009) e do § 6º do art. 112 da Lei 12.017/2009 (LDO 2010), as alterações de quantitativos de serviços preservem o equilíbrio econômico-financeiro originalmente contratado, calculando o desconto percentual global no contrato antes e depois do aditivo para que, em caso de diminuição desse percentual, seja inserida no contrato parcela compensatória negativa, como forma de assegurar o desconto inicial obtido por intermédio do certame licitatório, devendo atentar, também, para que os serviços não previstos no contrato original e que venham a ser posteriormente acrescidos adotem preços de insumos no máximo iguais aos previstos, na proposta da contratada, para os demais serviços da obra;"*. Precedente citado: Acórdão n.º 2.319/2009-Plenário. ***Acórdão n.º 2066/2010-Plenário, TC-007.195/2010-9, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 18.08.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Exigências de habilitação restritivas ao caráter competitivo da licitação: 1 - Comprovação de participação no Programa de Qualidade das Obras Públicas da Bahia

Representação oferecida ao TCU noticiou possíveis irregularidades no edital da Concorrência n.º 01/2005, promovida pela Prefeitura de Bom Jesus da Lapa/BA, destinada à contratação das obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário e infraestrutura urbana na sede do município, envolvendo recursos federais transferidos pela Codevasf. Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a exigência de *"comprovação de participação no Programa de Qualidade das Obras Públicas da Bahia – Qualiop, restringindo a participação de empresas, principalmente as sediadas em outros Estados da Federação, que estariam impedidas de concorrer por não serem inscritas no programa;"*. Para a unidade técnica, os argumentos oferecidos pelo ex-Prefeito e pelo Presidente da Comissão de Licitação à época, ouvidos em audiência, revelaram-se insuficientes para refutar a irregularidade noticiada, haja vista que as exigências de habilitação *"devem se restringir apenas ao necessário para cumprimento do objeto licitado, ou seja, nada mais poderá ser exigido além da documentação mencionada nos artigos 27 a 31 das Lei 8.666/93, exceto as relativas a leis especiais, que não é o caso em questão. Comprovação de participação no Qualiop, tal como selo de ISO, poderia ser utilizado como pontuação em licitações do tipo técnica e preço, mas não como condição para participação no certame."*. Além disso, *"o fato de as empresas serem cadastradas no Qualiop ou possuírem certificações tipo ISO, necessariamente, não garante que as obras serão executadas satisfatoriamente, como provam os relatórios de fiscalização, onde se encontram relatadas ocorrências de descontentamento em relação à qualidade dos serviços"*. Ao concordar com a unidade técnica, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de determinar à Prefeitura Municipal de Bom Jesus da Lapa/BA que, em futuras licitações que envolvam recursos federais, *"abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios exigências, não justificadas, que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que proíbem cláusulas/condições editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3º, § 1º, inciso I, e o art. 30, § 1º, inciso I, e § 5º, da Lei 8.666/93, especialmente com relação à inclusão de condições para a participação dos concorrentes que não estejam amparadas nos arts. 27 a 31 da mencionada norma"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.107/006, 1.291/2007 e 2.521/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 4606/2010-2ª Câmara, TC-015.664/2006-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 17.08.2010***.

Exigências de habilitação restritivas ao caráter competitivo da licitação: 2 - Exigência de vistoria sem a observância do prazo mínimo entre a divulgação do edital e o comparecimento dos interessados para entrega das propostas

Outra suposta irregularidade identificada no edital da Concorrência n.º 01/2005, conduzida pela Prefeitura de Bom Jesus da Lapa/BA, destinada à contratação das obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário

e infraestrutura urbana na sede do município, dizia respeito à *"exigência de vistoria com prazo mínimo de 07 dias antes da licitação, reduzindo assim o prazo de divulgação do certame, de 30 para 23 dias;"*. Para a unidade técnica, os argumentos apresentados pelo ex-Prefeito e pelo Presidente da Comissão de Licitação à época, ouvidos em audiência, mostraram-se insuficientes para afastar a irregularidade noticiada. De acordo com a unidade instrutiva, *"O prazo mínimo, entre a divulgação do edital e o comparecimento dos interessados para entrega das propostas ou participação no certame, destina-se a permitir que os interessados avaliem a conveniência de sua participação e obtenham as informações e documentação necessárias e elaborem suas propostas. Assim, deve ser contado até o primeiro ato formal para participação na licitação [...]. No caso concreto, quando o edital estabelece um prazo de 7 (sete) dias anteriores à data de abertura da licitação para obtenção de documento necessário à participação no certame (o atestado de visita à obra), o prazo de trinta dias deve ser contado até o sétimo dia anterior à data de abertura."*. Ao concordar com a unidade técnica, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de determinar à Prefeitura Municipal de Bom Jesus da Lapa/BA que, em futuras licitações que envolvam recursos federais, *"cumpra o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93, deixando de incluir prazos limitantes para fornecimento de documentação necessária à participação na licitação que reduzam o período de divulgação do certame"*. ***Acórdão n.º 4606/2010-2ª Câmara, TC-015.664/2006-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 17.08.2010***.

Exigências de habilitação restritivas ao caráter competitivo da licitação: 3 - Comprovação de caução até cinco dias antes da licitação

Outra possível irregularidade apontada no edital da Concorrência n.º 01/2005, promovida pela Prefeitura de Bom Jesus da Lapa/BA, destinada à contratação das obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário e infraestrutura urbana na sede do município, foi a *"exigência de comprovação de caução até 5 (cinco) dias antes da licitação."*. Para a unidade técnica, os argumentos oferecidos pelo ex-Prefeito e pelo Presidente da Comissão de Licitação à época, ouvidos em audiência, revelaram-se insuficientes para refutar a irregularidade noticiada. Considerando que a caução *"integra a documentação relativa à fase de HABILITAÇÃO, cujos documentos devem ser apresentados em envelope fechado, a ser aberto na data de abertura do processo licitatório"*, a exigência da prestação antecipada *"fere o disposto na legislação vigente."*. Ao concordar com a unidade técnica, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de determinar à Prefeitura Municipal de Bom Jesus da Lapa/BA que, em futuras licitações que envolvam recursos federais, *"abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios exigências, não justificadas, que restrinjam o caráter competitivo das licitações"*, especialmente com relação à *"comprovação de caução anteriormente à fase de habilitação"*. ***Acórdão n.º 4606/2010-2ª Câmara, TC-015.664/2006-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 17.08.2010***.

Exigências de habilitação restritivas ao caráter competitivo da licitação: 4 - Exigência de visto junto ao Crea do local de execução da obra

Outra suposta irregularidade identificada no edital da Concorrência n.º 01/2005, conduzida pela Prefeitura de Bom Jesus da Lapa/BA, destinada à contratação das obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário e infraestrutura urbana na sede do município, dizia respeito à *"exigência, para participação no certame, de visto junto ao Crea-BA para as empresas registradas em Creas de outras unidades da federação, uma vez que, pelo disposto no artigo 58 da Lei 5.194/66, tal exigência torna-se necessária apenas para a vencedora do certame, que irá executar as obras;"*. Para a unidade técnica, os argumentos apresentados pelo ex-Prefeito e pelo Presidente da Comissão de Licitação à época, ouvidos em audiência, mostraram-se insuficientes para afastar a irregularidade noticiada. De acordo com a unidade instrutiva, *"a Lei 5.194/66, que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, estabelece em seu artigo 58 que se o profissional, firma ou organização, registrado em qualquer Conselho Regional, exercer atividade em outra Região, ficará obrigado a visar, nela, o seu registro."*. Pelo texto legal, *"identifica-se que a obrigatoriedade do visto se dará para a contratação e assim aplicar-se-ia apenas ao vencedor."*. Por seu turno, *"a Lei 8.666/93, por não ser específica para licitação de obras, não faz referência direta ao assunto. Mesmo considerando a exigência como precaução da administração, ela extrapola a obrigatoriedade legal"*. Ao concordar com a unidade técnica, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de expedir determinação corretiva à Prefeitura Municipal de Bom Jesus da Lapa/BA, para futuras licitações que envolvam recursos federais. Precedente citado: Acórdão n.º 992/2007-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 4606/2010-2ª Câmara, TC-015.664/2006-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 17.08.2010***.

Exigências de habilitação restritivas ao caráter competitivo da licitação: 5 - Índice de Liquidez Corrente igual ou superior a 2,5

Outra possível irregularidade apontada no edital da Concorrência n.º 01/2005, promovida pela Prefeitura de Bom Jesus da Lapa/BA, destinada à contratação das obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário e infraestrutura urbana na sede do município, foi a exigência de *"índice de Liquidez Corrente igual ou superior a 2,5, acima do razoável, uma vez que acima de 1 já é indicativo de que a empresa se encontra em situação de cumprir suas obrigações de curto prazo."*. Para a unidade técnica, os argumentos oferecidos pelo ex-Prefeito e pelo Presidente da Comissão de Licitação à época, ouvidos em audiência, revelaram-se insuficientes para refutar a irregularidade noticiada. Conforme já decidiu o TCU em outros processos, *"não há vedação para a utilização de índices contábeis como parâmetro de qualificação econômico-financeira de licitante"*. No entanto, os valores desses índices devem vir precedidos de fundamentação, *"constante do processo licitatório, que leve em consideração aspectos contábeis, econômicos e financeiros, assim como a realidade do mercado, revelando-se razoáveis em relação à natureza do objeto licitado, em observância ao disposto no art. 31, § 5º, da Lei 8.666/93"*. No presente caso, o Índice de Liquidez Corrente maior ou igual a 2,5 está acima do habitual, *"não tendo sido apresentada nenhuma justificativa plausível para a fixação desse valor"*. Ao concordar com a unidade técnica, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de expedir determinação corretiva à Prefeitura Municipal de Bom Jesus da Lapa/BA, para futuras licitações que envolvam recursos federais. Precedentes citados: Acórdão n.º 2.028/20206-1ª Câmara e Acórdãos n.os 778/2005, 308/2005, 1.140/2005, 1.926/2004, 247/2003, 268/2003 e 112/2002, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 4606/2010-2ª Câmara, TC-015.664/2006-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 17.08.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 24 e 25 de agosto de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Fraude à licitação: apresentação de atestado com conteúdo falso como razão suficiente para declaração de inidoneidade de licitante pelo TCU
Representação formulada ao TCU noticiou que na Concorrência nº 3/2008, realizada pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amazonas – Ifam, cujo objeto constituiu-se na construção do **campus** do Centro Federal de Educação Tecnológica no Município de Presidente Figueiredo/AM, empresa licitante apresentou atestado de capacidade técnica com conteúdo possivelmente falso, com vistas a sua habilitação no certame. Para apuração dos fatos, a unidade técnica responsável pela instrução do feito promoveu uma série de audiências, inclusive da própria empresa responsável pela potencial fraude, a qual alegou erro de entendimento quanto ao que fora exigido a título de comprovação de capacidade técnica. De acordo com a empresa respondente, o texto do edital seria dúbio, ao requerer "*execução de obra ou serviço com complexidade equivalente*". Daí, apresentara atestado no qual constava, erroneamente digitado, construção de obra em vez de projeto. Todavia, a unidade técnica registrou não se sustentar o argumento da potencial fraudadora de se tratar de equívoco quanto à interpretação. Para a unidade técnica, a evidência de fraude quanto ao conteúdo do atestado de capacidade técnica seria determinante para o Tribunal declarar a inidoneidade da licitante. Ao se pronunciar nos autos, o representante do Ministério Público junto ao TCU – MP/TCU - afirmou que a potencial fraudadora "*apresentou atestado de capacidade técnica com informação falsa. O documento informava que a empresa foi a responsável pela execução de obras de engenharia, quando na verdade apenas elaborou os projetos para essa execução*", sendo "*clara a intenção da empresa em demonstrar que foi a responsável pela execução física das obras de engenharia*". Assim, ante a evidência de fraude à licitação, o MP/TCU considerou adequada a proposta da unidade técnica de se declarar a inidoneidade da licitante responsável pela apresentação do documento. O relator do feito, ministro-substituto André Luís de Carvalho, concordou com as análises procedidas tanto pela unidade técnica, quanto pelo MP/TCU, acerca do intuito da licitante: fraudar o processo licitatório. Todavia, para o relator, haveria incerteza se a situação examinada perfaria "*todos os elementos caracterizadores da 'fraude comprovada a licitação', para fins de declaração de inidoneidade da empresa*". Citando precedente jurisprudencial do TCU, destacou o relator que a fraude comprovada à licitação, como sustentáculo para declaração de inidoneidade de licitante pelo Tribunal, exigiria a concretização do resultado, isto é, o prejuízo efetivo ao certame, tendo em conta o estabelecido no art. 46 da Lei Orgânica do TCU (*Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para*

participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.). Como, na espécie, não teria havido a materialização do prejuízo, uma vez que a falsidade da documentação fora descoberta pelo Ifam, não caberia ao TCU, por conseguinte, punir a tentativa de fraude por parte da licitante. Todavia, o ministro-revisor, Walton Alencar Rodrigues, dissentiu do encaminhamento proposto pelo relator do feito. Para o revisor, o atestado apresentado pela potencial fraudadora, absolutamente falso, viabilizou a participação desta no processo licitatório. E, ainda para o revisor, "*Nos termos da consolidada jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a mera apresentação de atestado com conteúdo falso caracteriza o ilícito administrativo previsto no art. 46 da Lei Orgânica do TCU e faz surgir a possibilidade de declarar a inidoneidade da licitante fraudadora*". Desse modo, acolhendo as conclusões da unidade técnica, votou pela declaração de inidoneidade da licitante responsável pela apresentação do atestado com conteúdo falso, no que foi acompanhado pelos ministros Raimundo Carreiro, José Jorge e José Múcio Monteiro. Ficaram vencidos, na linha da proposta do relator, os ministros Valmir Campelo, Augusto Nardes e Aroldo Cedraz. O relator, ministro-substituto André Luís de Carvalho, não votou, por não estar substituindo naquela oportunidade. . Precedentes citados: Acórdãos 630/2006 e 548/2007, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2.179/2010-Plenário, TC-016.488/2009-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, revisor Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.08.2010.***

Licitação para obra pública: comprovação de acervo técnico

Auditoria realizada pelo TCU, com o objetivo de avaliar a execução, pelo Governo do Estado do Paraná, das obras de construção de unidades habitacionais no Município de Colombo/PR, financiadas com recursos federais, por meio de contrato de repasse, detectou diversas irregularidades, dentre elas, a exigência editalícia de que a comprovação do acervo técnico, para efeitos de qualificação técnica, se desse somente em "*construção em habitação unifamiliar ou multifamiliar, em obras isoladas ou não*". Para a unidade técnica, tal exigência seria potencialmente restritiva à competitividade do certame. Ao examinar a matéria, destacou a unidade técnica que tal requisito de qualificação, da maneira como foi redigido, daria "*maior importância à finalidade da construção (habitação) do que às suas características técnicas, que seriam os reais indicadores da complexidade de execução dos serviços. Sem especificar os aspectos técnicos relevantes para fins de qualificação da empresa, há ainda a dificuldade da inexistência de parâmetros objetivos para se avaliar se uma determinada certidão ou atestado é referente à obra de complexidade equivalente ou até superior*". O relator, ao concordar com a unidade técnica, registrou que a Lei de Licitações "*estabelece que a documentação relativa à qualificação técnica de capacitação técnico-profissional refere-se à execução de obra ou serviço de características semelhantes*". Desse modo, para o relator, "*sobressai a orientação de que será sempre admitida a comprovação de aptidão mediante certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.* Por consequência, para ele, "*bastaria exigir qualificação técnica em construção de edificações em geral, sem restringir o escopo à habitação unifamiliar ou multifamiliar, o que demonstra a adoção de critérios potencialmente restritivos à competitividade do certame*". Por conseguinte, propôs, e o Plenário acolheu, expedição de determinação corretiva para futuras licitações a serem realizadas pelo Estado do Paraná. ***Acórdão n.º 2.152/2010-Plenário, TC-000.276/2010-3, Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 25.08.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Dispensa de Licitação: necessidade de comprovação de que o imóvel a ser locado é o único que atende aos interesses da Administração Pública

Em representação feita ao TCU, foi noticiada possível irregularidade constituída na ausência de licitação e na inobservância dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, quando da locação, com a utilização de recursos públicos da área de saúde, de imóvel de propriedade do cônjuge da ex-Prefeita do município de Guarabiras, na Paraíba. Ao examinar as razões de justificativa apresentadas pela responsável, a unidade técnica registrou o fato de o proprietário do imóvel locado ser esposo da então Prefeita de Guarabiras, ou seja, a Prefeitura havia locado um imóvel da própria Prefeita, por intermédio do esposo desta. Acresceu, ainda, que "*o fato de eventualmente ter havido inabilidade no ato de contratação com dispensa de licitação, com inobservância das devidas cautelas de justificativa como previsto no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993 não conduz à exclusão da culpabilidade*". Caberia, ainda na opinião da unidade técnica, até se discutir o dolo na utilização da dispensa de licitação, mas seria induvidável a ofensa a diversos princípios constitucionais, como o da legalidade, o que levaria à reprovação da conduta da ex-Prefeita. Citando

precedente jurisprudencial, a unidade técnica anotou que "*O art. 24, inciso X, da Lei de Licitações estabelece ser dispensável a licitação para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia*". Assim, "*a utilização desse dispositivo só é possível quando se identifica um imóvel específico cujas instalações e localização sinalizem que ele é o único que atende o interesse da Administração*". Como, na espécie, haveria pelo menos outro imóvel que serviria ao intuito da administração municipal, não seria possível a utilização da hipótese do art. 24, inc. X, da Lei 8.666/1993, como fundamento da contratação direta. O relator, ao concordar com a unidade técnica, destacou, em seu voto, que "*havia pelo menos outro imóvel com características semelhantes, que poderia servir de alternativa à locação*", o que, portanto, leva à incorreção quanto ao procedimento de se dispensar a licitação com base no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993. Votou, em consequência, pela aplicação de multa à ex-Prefeita, bem como pela expedição de determinação corretiva e de alerta ao município de Guarabira, a fim de que sejam evitadas ocorrências semelhantes em situações futuras. O Colegiado acolheu, por unanimidade, o encaminhamento sustentado pelo relator. Precedentes citados: Acórdão n.º 444/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 5281/2010-1ª Câmara, TC-030.588/2007-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 24.08.2010.***

Pregão para aquisição de helicópteros: possibilidade de pagamento antecipado

Representação formulada por licitante apontou supostas irregularidades no Pregão Presencial (Internacional) nº 130/2010, cujo objeto constituiu-se na aquisição, pelo Estado de Goiás, de três aeronaves de asas rotativas (helicópteros), para atender às demandas do Corpo de Bombeiros Militar, Polícia Civil e Polícia Militar, valendo-se, para tanto, de recursos federais repassados mediante convênio. Uma delas seria cláusula editalícia que permitiria o pagamento antecipado de parte das despesas. A respeito disso, o relator destacou que "*o art. 15, III, da Lei de Licitações, prescreve que as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, não sendo vedada pelo ordenamento jurídico a possibilidade de pagamento antecipado. Evidentemente essa não é a regra, mas a exceção. A jurisprudência desta Corte a admite em casos excepcionais*". No caso concreto, para o relator, "*a prática do mercado é que, em aquisições de helicópteros e afins, o pagamento seja, parcialmente, efetuado antecipadamente. Eventual adoção de condição de pagamento apenas contra entrega poderia inviabilizar a disponibilização dos helicópteros no prazo requerido pela Administração*". Ressaltou o relator, ainda, que, de acordo com o edital correspondente ao Pregão Presencial nº 130/2010, o Estado de Goiás exigiu a constituição de garantia para cobrir o valor adiantado. Ao final, propôs a improcedência da representação, o que foi acolhido pelo Colegiado. Precedentes citados: Acórdãos n.º 918/2005-Segunda Câmara e nº 1.442/2003-Primeira Câmara. ***Acórdão n.º 5294/2010-1ª Câmara, TC-020.139/2010-1, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 24.08.2010.***

SEGUNDA CÂMARA

Dispensa de licitação: necessidade de observância do preço oferecido pelo licitante vencedor na hipótese de utilização do art. 24, inc. XI, da Lei nº 8.666/93, que trata de remanescente de contratação anterior

Em sede de Tomada de Contas Especial, foram apuradas possíveis irregularidades em licitações realizadas no âmbito do Ministério da Saúde, dentre elas, a contratação direta, por dispensa de licitação, com supedâneo no art. 24, inc. XI, da Lei 8.666/1993 – remanescente de contratação anterior -, sem respeitar as condições oferecidas pela empresa vencedora da licitação anterior, quanto ao preço. Ao examinar a matéria, a unidade técnica consignou que o art. 24, inc. XI, da Lei 8.666/1993 proporciona à Administração Pública faculdade, não obrigação, de efetivar a contratação direta. Todavia, ainda conforme a unidade técnica, "*essa possibilidade somente pode ser levada adiante se for observada a ordem de classificação da licitação e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido*". Assim, caso a Administração Pública esteja impossibilitada de atender, integralmente, tais condições, também estará impossibilitada de promover a contratação direta, sob o fundamento do citado dispositivo. Ressaltou o relator que, "*embora não existam nos autos elementos suficientes para caracterizar a ocorrência de dano ao erário*", concorda com a unidade técnica no sentido de que a utilização do art. 24, inc. XI, da Lei 8.666/1993, sem que as condições quanto ao preço oferecido pelo licitante vencedor sejam respeitadas, constitui irregularidade grave. Desse modo, propôs a aplicação de multa

ao responsável, o que foi acolhido pelo Colegiado. ***Acórdão n.º 4852/2010-2ª Câmara, TC-005.711/2005-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 24.08.2010*.**

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 31 de agosto e 1º de setembro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Garantia de contrato: impossibilidade de liberação antes do recebimento definitivo da obra
Recurso de revisão interposto pelo Ministério Público junto ao TCU - MPTCU contra o Acórdão 590/2005-TCU- 1ª Câmara, proferido quando da apreciação da Tomada de Contas Simplificada do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Sergipe - TRE/SE, exercício 2001, teve por intuito discutir possíveis irregularidades na gestão do Contrato nº 8/1997, firmado entre o TRE/SE e a Construtora Augusto Velloso S/A. O acordo teve por objeto a construção do edifício sede do TRE/SE. Dentre as irregularidades discutidas, uma seria a liberação da garantia contratual, sem recebimento definitivo da obra. Ouvido em audiência, o ex-Diretor-Geral do TRE/SE argumentou que o valor da garantia não cobriria os prejuízos causados e que a liberação dos valores não eximiria a empresa contratada de nenhuma responsabilidade. Aduziu, ainda, existir ação judicial do TRE/SE contra a empresa responsável pelas irregularidades, ação que, na visão do gestor, certamente seria exitosa. A unidade técnica entendeu inviáveis de aceitação as justificativas apresentadas. Registrou haver deficiências graves na execução do contrato, o que determinaria a não liberação das garantias contratuais, bem como a aplicação de penalidades à empresa. Assim sendo, propôs a irregularidade das contas do responsável, sem prejuízo da aplicação de multa. O relator concordou com a proposta da unidade técnica, destacando, em seu voto, que o ex-Diretor-Geral fora "*absolutamente imprudente"*, haja vista sua decisão*, "em agosto de 2001, de liberar a garantia contratual*", mesmo diante dos problemas quanto à execução do contrato, pois "*salvaguardar o interesse público com a execução da garantia teria sido eficaz, muito embora pudesse não ter sido suficiente*". Ao final, votou pela irregularidade das contas do ex-Diretor-Geral, bem como pela aplicação de multa ao responsável. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 2244/2010-Plenário, TC-006.395/2002-4, rel. Min. Valmir Campelo, 1º.09.2010.***

Utilização do pregão na forma presencial: as disposições do Decreto n.º 5.450/2005 vinculam apenas o Poder Executivo Federal
Representação formulada ao TCU apontou como possível irregularidade cometida pelo pregoeiro do

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a utilização do pregão na forma presencial, em detrimento da forma eletrônica, situação que consistiria em afronta ao art. 4º, *caput* e § 1º, do Decreto n.º 5.450/2005. Em seu voto, o relator manifestou concordância com o entendimento do Ministério Público junto ao TCU, no sentido de que o Decreto n.º 5.450/2005 vincula apenas o Poder Executivo Federal, não havendo amparo legal para sua imposição a órgão do Poder Judiciário. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu expedir recomendação ao Presidente da Comissão Permanente de Licitações do CNJ para que, em futuras licitações destinadas à contratação de bens e serviços de tecnologia da informação comuns, utilize a modalidade pregão na forma eletrônica, salvo se houver comprovada e justificada inviabilidade, motivando expressamente a opção pelo pregão presencial, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico. ***Acórdão n.º 2245/2010-Plenário, TC- 001.634/2010-0-4, rel. Min. Valmir Campelo, 1º.09.2010.***

Necessidade de motivação adequada nas respostas às indagações das empresas licitantes

Representação formulada ao TCU trouxe notícias acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão 58/2009, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e cujo objeto constituiu-se na "*aquisição de soluções de armazenamento de dados de alta disponibilidade e de* ***backup****, incluindo garantia, treinamento e suporte técnico para as soluções, conforme especificações e condições estabelecidas*". Uma dessas irregularidades seria o oferecimento de respostas insuficientes e inadequadas, pelo CNJ, às consultas e solicitações de esclarecimentos realizadas durante o processo licitatório. Em seu voto, o relator destacou que "*toda decisão tomada pelo gestor há de ser devidamente motivada e justificada*". Ao concordar com a unidade técnica quanto à evasividade das respostas do CNJ, o relator registrou, ainda, que,"*no caso de existir alguma dúvida, esta deve ser sanada da melhor forma possível, pois é um indicativo de que as informações podem não estar tão claras e pormenorizadas quanto se imaginava ao elaborar as regras do certame*. Desse modo, votou, neste ponto, pela procedência da representação, no que foi acompanhado pelo Plenário. Assim, o Tribunal, na espécie, ementou o entendimento de que, "*em cumprimento ao Princípio da Publicidade contido no* ***caput*** *do art. 3º, bem como no inciso VIII do art. 40, ambos da Lei nº 8.666/1993, o órgão não deve responder de modo inadequado e insuficiente às consultas e solicitações de esclarecimentos realizadas pelas empresas durante o processo licitatório, evitando respostas genéricas*". ***Acórdão n.º 2245/2010-Plenário, TC-001.634/2010-0, rel. Min. Valmir Campelo, 1º.09.2010.***

Revogação X anulação de licitação: razões para cada uma e necessidade de contraditório e ampla defesa em ambas

Em sede de processo de Representação, foi informada ao TCU a ocorrência de possíveis irregularidades na Concorrência n° 1/2005 , realizada pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços de guarnição de portarias. Uma delas seria a revogação imotivada do processo licitatório em questão. Ao examinar a matéria, a unidade técnica destacou que em parecer que consta dos autos mencionam-se alguns dos possíveis motivos para a revogação da licitação em epígrafe: *"valor orçado para os serviços; a falta de composição de custos unitários na planilha orçamentária; o aumento no custo da mão-de-obra e a inexistência de menção dos locais e quantidades de porteiros que os guarnecerão".* Ainda para a unidade técnica, os fatos elencados para o desfazimento da licitação levariam, então, à anulação desta, e não à sua revogação. Além do mais, na visão da unidade técnica, também não fora cumprido o comando constante do art. 49, § 3°, da Lei n° 8.666/1993, uma vez que não se ofereceu aos eventuais interessados o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando da extinção do certame. No voto, o relator, ao manifestar sua concordância com a análise da unidade técnica, considerou que a revogação ocorrera de forma totalmente irregular, uma vez que "*a motivação apresentada pelo responsável não respaldaria a revogação do certame, mas a sua anulação, tendo em vista a ocorrência das ilegalidades detectadas. Além disso, não foi concedido ao licitante o direito ao contraditório e à ampla defesa*". Ainda em face da situação, o relator destacou que "*a jurisprudência desta Corte de Contas é segura no sentido de que, na hipótese de desfazimento do processo licitatório, por revogação ou anulação, assegura-se ao licitante vista dos autos e direito ao contraditório e à ampla defesa*". Assim, por esta e outras razões, votou pela aplicação de multa aos responsáveis, o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2211/2010-Plenário, TC-019.201/2005-4, rel. Min. Augusto Nardes, 1º.09.2010.***

Auditoria em licitações e contratos: 1 - Necessidade de concessão administrativa de uso de bem público para instalação de restaurantes e lanchonetes

Em auditoria realizada na Diretoria Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos do Estado do Rio Grande do Sul (EBCT/DR/RS), com o intuito de se verificar a legalidade dos processos de licitações e

contratos realizados pela entidade, diversas possíveis irregularidades foram observadas pela equipe. Uma destas seria a contratação de empresa, por intermédio de pregão, para prestação de serviços de fornecimento de lanches e refeições, com o uso de bem público para tanto, o que estaria em contraposição ao entendimento do TCU de que a modalidade de outorga aplicável a restaurantes e lanchonetes é a concessão administrativa de uso de bem público. Ao ser ouvido em audiência, o responsável alegou que "*a referida contratação foi regularmente precedida de licitação e que o erro ocorreu apenas no tocante à formalização do instrumento jurídico utilizado para a contratação*", o que foi aceito pelo relator, o qual, todavia, consignou que o "*TCU mantém entendimento de que a modalidade de outorga aplicável à concessão de área destinada à exploração de restaurantes e lanchonetes é a concessão administrativa de uso de bem público*". Desse modo, na linha do proposto pela equipe de auditoria, votou pela expedição de determinação corretiva à EBCT/DR/RS, de modo a evitar tal ocorrência em situações futuras, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedentes citados: Decisões nº 585/1997 e nº 17/2001 e Acórdãos nº 2289/2005 e nº 1443/2006, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2219/2010-Plenário, TC-005.383/2007-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 1º.09.2010.***

Auditoria em licitações e contratos: 2 - Necessidade de manutenção das condições pré-estabelecidas na licitação anteriormente fracassada para que se legitime a contratação direta com fundamento no art. 24, inc. V, da Lei 8.6661993
Ainda na auditoria realizada na Diretoria Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos do Estado do Rio Grande do Sul (EBCT/DR/RS), outra possível irregularidade detectada fora a realização da Dispensa de Licitação 59/2007, que resultou na contratação de posto de abastecimento para veículos lotados nas unidades de Canoas/RS. Conforme a unidade instrutiva, em duas licitações anteriores, fracassadas, previu-se a distância máxima de 3,5 km de raio a partir da unidade de Canoas – RS para a localização do posto a se responsabilizar pelo abastecimento. Em seguida, ocorrera a contratação, por dispensa de licitação, de um posto localizado a 10 km da referida unidade, não se observando, portanto, as condições pré-estabelecidas nas licitações fracassadas anteriormente, em descumprimento ao estatuído no inciso V do art. 24 da Lei 8.666/93. Nos argumentos apresentados pelo responsável, ouvido em audiência, constou o de que "*não havia mais tempo hábil para uma terceira tentativa de instauração de procedimento licitatório, e, caso não houvesse a dispensa de licitação, haveria prejuízos para a ECT*". Em sua análise, a unidade técnica destacou que não fora formulado, pelo TCU, questionamento quanto à necessidade de realizar a dispensa de licitação, mas sim "*quanto ao critério de escolha do fornecedor, que deveria ter observado as mesmas condições da licitação. É possível que, caso admitida no certame a participação de estabelecimentos situados dentro do raio em que se encontra a empresa contratada por dispensa (10 km), as licitações não teriam sido desertas*". A respeito da situação, o relator ressaltou que "*o responsável não apresentou justificativa, não demonstrando porque na licitação se estabeleceu um raio de 3,5 Km e na dispensa um raio bem maior, de 10 Km*". Ao final, o relator votou pela não aplicação de multa ao responsável, sem prejuízo da expedição de determinação corretiva para futuras licitações a serem promovidas pela EBCT/DR/RS, o que foi aprovado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2219/2010-Plenário, TC-005.383/2007-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 1º.09.2010.***

Auditoria em licitações e contratos: 3 - Imprescindibilidade de composição adequada da planilha de custos
Na mesma auditoria realizada na Diretoria Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos do Estado do Rio Grande do Sul (EBCT/DR/RS), outra possível irregularidade observada pela equipe de auditoria ocorrera no Pregão Eletrônico nº 56/2006, destinado à locação temporária de furgões, e no qual foram admitidas planilhas de custos apresentadas pelas licitantes de modo inconsistente. Ilustrativamente, a unidade técnica informou que, nas propostas apresentadas, a participação do item combustível, no preço de uma diária contemplando 150 km de rodagem, variou de R$ 2,36 a R$ 60,00, e as despesas administrativas a serem incorridas, também em uma diária, oscilaram de R$ 4,00 a R$ 70,00. O responsável, ouvido em audiência, argumentou, essencialmente, que "*a planilha de formação de custos é apresentada após a assinatura do contrato, não influindo no critério de julgamento*", e que "*o reajuste contratual é feito com base em índice pré-estabelecido no contrato, assim, somente no caso de reequilíbrio econômico-financeiro a composição de custos seria relevante*". A unidade técnica, ao refutar os argumentos apresentados, consignou que, "*nos contratos de prestação de serviços de duração continuada, este Tribunal não tem admitido a utilização de índices de reajuste gerais, devendo-se adotar a sistemática de repactuação com base nas variações dos custos dos serviços contratados*". Desse modo, para a unidade técnica, "*as planilhas de formação de custo não têm o caráter secundário apregoado pelo responsável e devem ser detidamente*

analisadas com vistas a permitir que a repactuação ocorra sem prejuízo para a administração". O relator, ao concordar com os exames da unidade técnica e respaldando-se em decisão anterior do Tribunal, registrou que "*às estatais também é vedada a estipulação de cláusula de reajuste nos contratos de prestação de serviço de duração continuada. Desse modo, devem as empresas repactuar os valores contratados se houver variação nos custos dos serviços. Vale dizer que o contrato não deve definir,* a priori*, nenhuma forma de reajuste ou de repactuação. As alterações dos valores contratados serão objeto de negociação entre as partes. Para tanto, devem ser considerados os diversos itens que afetam a composição dos custos dos serviços prestados.*". Ao final, o relator votou pela não aplicação de multa ao responsável, sem prejuízo da expedição de determinação corretiva para futuras licitações a serem promovidas pela EBCT/DR/RS, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão 1374/2006-Plenário. ***Acórdão n.º 2219/2010-Plenário, TC-005.383/2007-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 1º.09.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Subcontratação parcial de serviços: desnecessidade de expressa previsão no edital ou no contrato

"*A subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que se deriva do art. 72 da Lei 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração*". Foi essa a conclusão a que chegou o TCU ao apurar, mediante inspeção, potenciais irregularidades relativas a contrato de transporte escolar firmado entre o Município de Cajueiro, em Alagoas, e a empresa Multiservice Consultoria e Serviços Ltda., contrato esse custeado com recursos de origem federal. Entre as supostas irregularidades levantadas, mereceu destaque a "*subcontratação dos serviços adjudicados, sem previsão editalícia e contratual*". O responsável, ao ser ouvido em audiência a respeito da subcontratação, informou que "*esta não foi vedada, ou mesmo permitida no edital da licitação, de tal sorte que a omissão do instrumento convocatório, pela sua subordinação integral aos termos da Lei 8.666/93, remete-nos à aplicação dos termos dispostos em seu art. 72, que prevê tal possibilidade*". Noutros termos, como a subcontratação não havia sido vedada, o responsável concluiu que a mesma poderia ser feita, mesmo sem expressa previsão editalícia. A unidade técnica, ao examinar a matéria, entendeu que as justificativas apresentadas não deveriam ser aceitas, uma vez que "*O art. 72 da Lei 8.666/93 prescreve que o contratado poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração; ou seja, há a necessidade de se estabelecer previamente as condições para a adoção do regime de subcontratação.* (...) *caberia ao órgão contratante impedir que terceiros estranhos ao contrato executassem os serviços licitados, sendo motivo para rescisão do ajuste a subcontratação total ou parcial do seu objeto, quando não admitidas no ato convocatório e no instrumento contratual firmado, de acordo com o prescrito no art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93".* Em conclusão, a unidade técnica afirmou que, "*nos contratos firmados com a Administração Pública, é vedada a subcontratação quando não prevista no Edital e no respectivo Contrato, sendo, nesse caso, intransferíveis as obrigações e responsabilidades contraídas pelo licitante vencedor, o que não foi obedecido na ocorrência ora analisada*". O relator dissentiu do encaminhamento dado pela unidade técnica. Para ele, no caso em exame, "*a subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato. Basta apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos*". Essa seria a interpretação a ser feita do art. 72 da Lei 8.666/1993, pois, na visão do relator, "*na maior parte dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração, diante da multiplicidade de circunstâncias que podem surgir na execução do contrato*". Assim, quanto a este ponto, entendeu não haver gravidade na conduta adotada pelo responsável que justificasse o seu sancionamento. Todavia, em razão de descumprimento reiterado de diligências promovidas pelo Tribunal, entendeu ter havido dano efetivo ao andamento normal do presente processo de controle. Por conseguinte, votou pela aplicação de multa ao responsável em razão de tal fato, o que foi acolhido pelo Colegiado. ***Acórdão n.º 5532/2010-1ª Câmara, TC-004.716/2008-2, rel. Min. Augusto Nardes, 31.08.2010.***

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 7 de setembro (não houve) e 8 de setembro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Pregão para serviços comuns de engenharia
Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no edital da Concorrência n.º 8/2010, realizada pela Companhia Docas do Estado de São Paulo S/A (Codesp), destinada à contratação de empresa para prestação de serviços de manutenção do sistema de distribuição de energia elétrica nas áreas comuns do porto de Santos. Segundo a unidade técnica, ainda que não assinalado pela representante, *"o problema central do presente processo consiste no fato de que a licitação ora analisada foi realizada sob a modalidade concorrência, quando, por se tratar de aquisição de serviço comum, deveria ter sido utilizada a modalidade pregão."*. Para a unidade instrutiva, os serviços objeto da licitação, por mais especializados que sejam, *"referem-se a simples instalação e manutenção de equipamentos e de rede de distribuição de energia elétrica"*, serviços prestados, em princípio, por diversas empresas e *"comparáveis entre si"*. Não se trata do *"fornecimento de equipamentos desenvolvidos por encomenda nem consta do escopo da licitação o desenvolvimento de soluções para problemas específicos. Trata-se, enfim, de serviços padronizáveis e normalmente disponíveis no mercado de equipamentos, instalações e materiais eletromecânicos."*. Ao concordar com a unidade técnica, o relator concluiu que, de acordo com a pacífica jurisprudência do Tribunal, *"a entidade deveria ter utilizado a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, para realizar a aludida contratação"*. Nos termos do voto do relator, o Plenário decidiu determinar à Codesp que utilize, como regra, a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, inclusive os de engenharia, *"que só poderá ser preterido quando comprovada e justificadamente for inviável a sua utilização"*. Deliberou também o Pleno no sentido de expedir determinação à Codesp para que se abstenha, *"quando vencido o prazo de 12 meses, de prorrogar o contrato oriundo da Concorrência n.º 8/2010, salvo pelo prazo máximo de 12 meses, visando à realização de novo procedimento licitatório, na modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, caso julgue oportuno e conveniente realizar a contratação dos serviços de manutenção do sistema de distribuição de energia nas áreas comuns do porto de Santos"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 463/2008 e 2.901/2007, ambos da 1ª Câmara; Acórdãos n.os 2.807/2009, 2.194/2009 e 631/2007, todos da 2ª Câmara; Acórdãos n.os 2.664/2007 e 988/2008, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2314/2010-Plenário, TC-016.340/2010-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 08.09.2010***.

Aceitação de itens da proposta de preços da licitante com valores acima do orçado pela Administração
Levantamento de auditoria realizado pelo TCU nas obras do Perímetro de Irrigação Jacaré – Curituba, no Estado de Sergipe, a cargo da Companhia de Desenvolvimento do Vale do Rio São Francisco e Parnaíba (Codevasf), identificou diversas irregularidades no empreendimento, entre elas a *"aceitação/homologação de alguns itens da proposta de preços da Netafim Brasil - Sistemas e Equipamentos de Irrigação Ltda. (Contrato nº 0.12.09.0018-00) com valores acima do orçado pela Codevasf, sem que tenha sido feita uma análise criteriosa da justificativa contida no Relatório Técnico Circunstanciado apresentado pela licitante para fins de sua aprovação."*. Por ocasião do certame, a licitante alegou que as diferenças em determinados preços unitários de sua proposta foram motivadas pelo aumento verificado em algumas matérias-primas e equipamentos, no período entre a data-base do orçamento da Codevasf e o mês de recebimento das propostas, argumento acolhido pela comissão julgadora. A equipe de auditoria considerou equivocada a conclusão da comissão quanto à adequação da proposta da licitante ao orçamento-base da Codevasf, carecendo de *"fundamentação matemática a comparação então efetuada"*, já que se teria pautado em datas-bases diversas. Divergindo da equipe, o relator entendeu que, embora não houvesse uma explanação sobre cada item questionado, isso não permitiria afirmar que a comissão não levara em consideração, em sua decisão, as justificativas então apresentadas pela licitante acerca das diferenças apuradas. Ademais, ressaltou em seu voto *"a baixa representatividade do somatório dos itens em discrepância em relação ao valor global da proposta, cujas diferenças apuradas, de até 1,9% em relação aos valores do orçamento-base, não poderiam ser consideradas exorbitantes"*. Quanto à afirmação de que estaria equivocada a comparação efetuada pela comissão julgadora para atestar a adequação do preço ofertado pela Netafim Ltda., em razão de pautar-se em datas-bases distintas, o relator concordou com o titular da unidade técnica no sentido de que *"a falha foi corrigida com a adoção de uma mesma base de comparação"*, isto é, a proposta de preços e o orçamento da Administração foram levados à mesma data-base. Ao final, o relator votou pelo acolhimento das razões de justificativa dos responsáveis, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 2292/2010-Plenário, TC-012.106/2009-6, rel. Min. José Jorge, 08.09.2010***.

Licitação de empreendimentos que envolvem, cumulativamente, a prestação de serviços de engenharia e o fornecimento de equipamentos: 1 - Utilização de BDI diferenciado para a aquisição de equipamentos
Por meio de pedido de reexame, o Consórcio Odebrecht/Andrade Gutierrez insurgiu-se contra o conteúdo dos subitens 9.2.3 e 9.2.4 do Acórdão n.º 2.158/2008-Plenário, prolatado quando da apreciação de levantamento de auditoria nas obras de ampliação do Porto de Itaqui/MA, contratadas pela Empresa Maranhense de Administração Portuária (Emap) com recursos federais transferidos mediante convênio. Tratava-se, em suma, de determinação no sentido de que a Emap efetuasse repactuação do Contrato n.º 68/2006, prevendo BDI diferenciado para os equipamentos complementares do cais, *"de forma a adotar, exclusivamente para esses equipamentos, percentuais aceitáveis e compatíveis com o empreendimento, observando-se os parâmetros usualmente admitidos pela jurisprudência do TCU, a qual indica a aceitação de percentual máximo de 10% para a simples aquisição/intermediação perante terceiros [...]"*. Pleiteava o consórcio recorrente, em síntese, que o TCU julgasse regular a incidência do BDI de 35,92% para a aquisição de equipamentos. De acordo com o relator do recurso, a aquisição apresentaria grau de complexidade bem inferior à execução da obra em si e, portanto, um custo menor, haja vista que *"essas operações são realizadas diretamente pelo departamento de compras e não produzem reflexos sobre a mobilização e desmobilização de equipamentos e pessoal, custos de administração central, despesas fiscais, entre outras constantes de BDI."*. Justamente por esse motivo, ressaltou o relator, tem o TCU, em diversos julgados, se manifestado no sentido de que empreendimentos que contemplem a execução de serviços de engenharia e, ainda, a aquisição de equipamentos devem, preferencialmente, ser licitados em separado. Todavia, essa alternativa seria inviável no caso concreto, *"em razão do momento em que se encontra o empreendimento"*. A outra opção seria a utilização de BDI diferenciado, no mesmo contrato, para a aquisição de equipamentos, cujas despesas indiretas incorridas são significativamente inferiores. Foi essa, destacou o relator, a solução adotada pelo TCU no presente caso, ressaltando, ainda, que o Tribunal, recentemente, pacificou sua jurisprudência sobre a matéria, ao editar a Súmula/TCU n.º 253. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, decidiu o Plenário negar provimento ao pedido de reexame. Precedente citado: Acórdão n.º 1020/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 2293/2010-Plenário, TC-014.936/2007-1, rel. Min. José Jorge, 08.09.2010***.

Licitação de empreendimentos que envolvem, cumulativamente, a prestação de serviços de engenharia e o fornecimento de equipamentos: 2 - A aplicação de BDI diferenciado somente a itens de fornecimento de equipamentos por terceiros não implica, necessariamente, o desequilíbrio econômico-financeiro da avença em desfavor da contratada
Ainda no pedido de reexame interposto contra o conteúdo dos subitens 9.2.3 e 9.2.4 do Acórdão n.º 2.158/2008-Plenário, o Consórcio Odebrecht/Andrade Gutierrez solicitou ao Tribunal que determinasse o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato n.º 68/2006, caso mantida a determinação de redução do BDI para 10%, prevista no subitem 9.2.3. O consórcio argumentou, em síntese, que o edital previa a adoção de percentual único, sem qualquer previsão para a utilização de BDI diferenciado. O recorrente ponderou, ainda, que os custos de aquisição de equipamentos, mesmo que inferiores, não poderiam ser separados dos demais custos envolvidos na obra, pelo simples fato de que não o foram na época da elaboração dos cálculos para definição do BDI único. Ao apreciar o recurso, o relator fez alusão ao Acórdão n.º 1.368/2010-Plenário, oportunidade em que os mesmos elementos, ora trazidos pelo recorrente, foram examinados pelo então relator do recurso interposto pela empresa Serveng-Civilsan S.A. em relação a outro contrato de execução de obras no mesmo Porto de Itaqui. No voto condutor do referido **decisum**, restou assente que *"A manutenção ou eventual aumento da taxa linear original de bonificação e despesas indiretas sobre os demais itens da planilha de preços das obras civis, excluídos os fornecimentos de bens e equipamentos por terceiros, cujo BDI deverá ser reduzido, há de ser pormenorizadamente justificado na negociação a ser realizada entre a Empresa Maranhense de Administração Portuária – Emap e a Serveng-Civilsan S.A. Empresas Associadas de Engenharia, de molde a restar demonstrada, perante esta Corte, a justa retribuição pelos serviços avençados e os custos efetivamente incorridos pela contratada. O que não se pode admitir é o fato de os cofres públicos federais deverem injustificadamente suportar contratos excessivamente onerosos ao argumento do* ***pacta sunt servanda****, ou de que o instrumento convocatório não havia previsto a referida repactuação. É lógico que, em se tratando da alteração de cláusulas econômico-financeiras, há de ser estabelecido acordo bilateral entre as partes, devendo, sempre, a Administração Pública velar pela seleção da proposta que lhe seja mais vantajosa, sem prejuízo da justa retribuição ao terceiro contratado [...]."* Por se tratar de situação idêntica ao precedente mencionado, o relator concluiu que não poderia haver entendimento diverso. Nesse sentido, acompanhando o seu voto, decidiu o Plenário negar provimento ao recurso. Precedentes citados: Acórdãos n.os 159/2003, 1.914/2003, 1.601/2004, 446/2005, 1.566/2005, 1.020/2007 e 2.875/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2293/2010-Plenário, TC-014.936/2007-1, rel. Min. José Jorge, 08.09.2010***.

Cessão de uso onerosa: 1 - Divisão da contraprestação pela cessão de uso em duas parcelas, uma a título de cessão de uso e outra a título de "apoio institucional"
O relator comunicou ao Plenário haver adotado medida cautelar determinando ao Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região que se abstivesse de dar prosseguimento à Concorrência n.º 1/2010, cujo objeto é a cessão de uso, a título oneroso, de três espaços situados em seu edifício-sede, em Porto Velho, destinados à exploração de posto de atendimento bancário (PAB) e/ou posto de atendimento cooperado (PAC). Em seu despacho, o relator ressaltou que, muito embora o objeto do contrato seja a cessão de uso dos referidos espaços físicos para o exercício de atividades econômicas específicas, a contrapartida do contratado é composta pela soma de uma parcela referente à cessão de uso e de outra a título de "apoio institucional", figura cujo significado jurídico-contratual *"é desconhecido no presente caso"*. Num juízo de cognição sumária, o relator não identificou nos autos nada que evidenciasse a razão de ser dessa divisão, e a pertinência de se fazê-la para fim de melhor condução do procedimento licitatório em curso. O Plenário referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-022.606/2010-6, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 08.09.2010***.

Cessão de uso onerosa: 2 - Adoção da taxa Selic como critério de reajuste de preços
Ainda quanto à Concorrência n.º 1/2010, cujo objeto é a cessão de uso, a título oneroso, de três espaços situados no edifício-sede do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, em Porto Velho, destinados à exploração de posto de atendimento bancário (PAB) e/ou posto de atendimento cooperado (PAC), o edital prevê índices de reajustamento distintos para cada parcela que compõe a contrapartida do contratado: INPC para aquela a título de "cessão de uso" e taxa Selic para a relativa ao "apoio institucional". Segundo o relator, o TCU já firmou entendimento sobre a matéria, no sentido de que *"a adoção da taxa Selic, que é um taxa de juros e não um índice de preços, como critério de reajuste de preços é flagrantemente contrária às leis que disciplinam o reajustamento e à jurisprudência desta Casa"*. E arrematou: *"A única razão percebida para a*

divisão do preço em duas parcelas é a de permitir a aplicação de critérios de reajuste de preços distintos (sem que se saiba como isso beneficiaria o órgão contratante), sendo um deles ilegal (porque é uma taxa de juros), exatamente aquele que incide sobre a parcela a título de 'apoio institucional', que representa, em média, 95% da contraprestação pretendida.". O Plenário referendou a cautelar. Precedentes citados: Acórdão n.º 474/2005 e Decisão n.º 1315/2002, ambos do Plenário. ***Decisão monocrática no TC-022.606/2010-6, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 08.09.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 14 e 15 de setembro de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Utilização preferencial e não obrigatória do pregão, em sua forma eletrônica, pelo ente público convenente

Denúncia formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 151/2009, realizado pela Secretaria Adjunta de Compras e Licitações Públicas do Acre – com recursos federais repassados mediante convênios –, tendo por objeto a aquisição de equipamentos de informática e eletroeletrônicos. Quanto à aquisição de ‘notebook corporativo’, foi apontada a *“ausência da utilização do pregão na forma eletrônica, em desacordo com o art. 1º, §1º e §2º, do Decreto nº 5.504/2005”*. Em seu voto, o relator assinalou que, de acordo com o conteúdo das aludidas disposições normativas, a utilização do pregão eletrônico, no caso concreto, é preferencial e não obrigatória, cabendo ao gestor apenas justificar a utilização do pregão presencial. Considerou, portanto, razoáveis os argumentos aduzidos pelos responsáveis, no sentido de que *“o pregão presencial está regulamentado no Estado do Acre por meio do Decreto nº 12.472/2005, enquanto que, para o pregão eletrônico, ainda não existe regulamentação estadual específica para respaldar as decisões das autoridades superiores. Não obstante, todos os editais das licitações realizadas no Estado merecem ampla publicidade, por intermédio da rede mundial de computadores (WEB portal do governo do Acre: www.ac.gov.br/licitações).”*. Além disso, os instrumentos de convênio que serviram de suporte para as despesas do pregão não previram a obrigatoriedade da utilização de pregão

eletrônico, até porque *"não poderia ser de forma diferente, pois se o decreto que rege a matéria não fez tal exigência, não poderiam normas de hierarquia inferior dispor de forma diversa"*. Ao final, o relator concluiu que a suposta irregularidade não restou configurada, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 2433/2010-Plenário, TC-009.046/2010-0, rel. Min. Benjamin Zymler, 15.09.2010.***

Imposição, durante a execução do contrato, da adoção do preço considerado de mercado para os itens que tiverem quantitativos majorados e cujos preços já estejam superestimados
Relatório de auditoria nas obras de implantação do Perímetro Irrigado "Platôs de Guadalupe", no Estado do Piauí, concluiu que a *"planilha de serviços e preços unitários"* não apresentava sobrepreço global, mas alguns itens específicos estariam visivelmente superestimados, quando confrontados com os referenciais utilizados pelos auditores. Em consequência, a equipe propôs que o Tribunal expedisse determinação ao Departamento Nacional de Obras contra as Secas (Dnocs) no sentido de que, *"na eventual necessidade de aditamento contratual para acréscimo ou supressão de quantitativos, quantifique os reflexos das alterações no desconto global advindo da licitação, incluindo valor compensatório, diminutivo, do novo valor do contrato, de forma a manter o desconto global inicial"*. Em seu voto, o relator constatou que tal proposta estaria vinculada ao que se convencionou chamar de 'método dos balanços', segundo o qual a simples redução de quantitativos de serviço cujos preços estejam abaixo dos de mercado gera a presunção de crédito da União junto à contratada. Todavia, seguindo as conclusões expostas no voto condutor do Acórdão n.º 1.715/2004-Plenário, *"não é necessário que se calcule o desconto perdido por via das diminuições e supressões de quantitativos, a não ser que não haja qualquer justificação técnica para esse fato, evidenciando a prática do malfadado jogo de planilha"*. Nesse sentido, concluiu o relator que, se as alterações são tecnicamente recomendadas e justificadas, *"basta que se imponha ao gestor adotar o preço considerado de mercado para os itens que terão quantitativos majorados e cujos preços já estejam sobreprecificados em relação ao mercado"*. Nos termos do voto do relator, o Plenário decidiu determinar ao Dnocs que, em caso de aditivos contratuais que incluam novos serviços ou que aumentem o quantitativo de itens de serviços em relação ao estabelecido originalmente, *"atente para a necessidade de que os preços a serem estipulados para os quantitativos adicionais deverão corresponder aos preços de mercado, aferidos por meio de sistemas referenciais de preços idôneos"*. ***Acórdão n.º 2384/2010-Plenário, TC-013.641/2010-7, rel. Min. Augusto Nardes, 15.09.2010.***

A autorização editalícia para a formação de consórcios não afasta eventual restrição à competitividade evidenciada pelo não parcelamento do objeto licitado
Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no edital da Concorrência n.º 174/2010, realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), merecendo destaque a *"aglutinação, em objeto único, de serviços de diferentes naturezas, que deveriam ser objeto do parcelamento previsto no art. 23, §1º da Lei 8.666/93"*. O relator assinalou que, de fato, a licitação concentra, em objeto único, grupos de serviços distintos, a saber: 1º) controle patrimonial e contábil de bens; 2º) implementação de sistema informatizado; e 3º) serviços técnicos especializados, caracterizados por assessorias, estudos e pareceres. Ainda que todos os serviços sejam pertinentes à gestão do patrimônio ferroviário do DNIT, suas naturezas distintas *"impõem o parcelamento versado no §1º do art. 23 da Lei 8.666/93"*. Embora o DNIT tenha contra-argumentado que o edital admite a participação de consórcios, o relator concluiu que, no caso concreto, essa solução restringe a competitividade. Primeiro, porque existem muitas empresas no mercado que, apesar de possuírem condições de executar os serviços se estes forem parcelados, não possuem suficiente grau de articulação com empresas de ramos distintos para formarem consórcios. Esse fato, por si só, *"já reduz o número potencial de empresas concorrentes"*. Segundo, porque, não obstante a opção pelo consórcio ser uma faculdade da Administração, tal escolha se justifica apenas sob certas circunstâncias, quando necessário aumentar a competitividade do certame, em face da complexidade dos serviços pretendidos ou das peculiaridades do mercado, premissas que, segundo o relator, não se fazem presentes no caso concreto. Em seu voto, ressaltou, ainda, não estar a reprovar a admissão de consórcios na licitação sob exame, sustentando apenas que essa solução, alegada pelo DNIT como fator de compensação às exigências editalícias e à aglutinação dos serviços em objeto único, não afasta a necessidade de parcelamento do objeto pretendido. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu determinar ao DNIT que *"adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no tocante à Concorrência 174/2010, de modo a sanear as irregularidades apontadas na presente Representação, informando a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência, sobre as providências adotadas"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os

280/2010 e 2.295/2005, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2395/2010-Plenário, TC-016.449/2010-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 15.09.2010.***

Pregão para prestação de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento de obras portuárias

O relator comunicou ao Plenário haver revogado medida cautelar que determinara a suspensão, pela Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa), dos atos referentes ao Pregão Eletrônico n.º 033/2010, destinado à contratação de empresa para prestação de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento das obras de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do cais comercial do porto de Vitória/ES. Por entender, em sede de cognição sumária, não restar evidenciada a natureza comum do objeto do certame, o que justificaria a adoção do pregão, o relator determinou a suspensão cautelar da licitação e a oitiva dos responsáveis (decisão noticiada no Informativo/TCU n.º 20). Considerando a natureza da matéria, o relator julgou prudente ouvir a unidade técnica do TCU responsável pela fiscalização de obras portuárias, que assim se posicionou, em síntese: *"Em manifestação recebida, afirmou-se que este TCU vem contratando o serviço de apoio à fiscalização de suas obras em todo o território nacional por meio de pregão eletrônico. No entanto, convém notar que não se vislumbra qualquer similaridade entre o serviço contratado por este Tribunal (apoio à fiscalização de obras promovidas pelo TCU em todo território nacional) e aquele pretendido pela Codesa (execução de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento das obras de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do Cais Comercial do Porto de Vitória/ES), posto que o objeto do pregão eletrônico realizado pelo TCU trata de fiscalização de obras de edificação de forma geral, e aquele promovido pela Codesa aborda gerenciamento, supervisão, fiscalização e acompanhamento de obra portuária. Ante a natureza complexa do objeto em análise e o seu não enquadramento no conceito de serviço comum, conclui-se que a Codesa estaria impedida de valer-se unicamente do critério de menor preço para escolha da proposta mais vantajosa, regente da modalidade pregão. Contudo, tendo em vista o posicionamento deste Tribunal ao analisar os casos concretos, entende-se que não se deve suspender o processo de licitação em razão de o procedimento licitatório não haver provocado restrição à competitividade nem prejuízo para a Administração."*. Acolhendo a manifestação da unidade técnica, e a fim de embasar a sua decisão, o relator ressaltou a presença de **periculum in mora** reverso, decorrente do início das obras do porto. O Plenário referendou a revogação da cautelar. Precedente citado: Acórdão n.º 1.908/2008-Plenário. ***Decisão monocrática no TC-013.796/2010-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 15.09.2010.***

Irregularidades contratuais: 1 - A suspensão do contrato impossibilita a produção de efeitos jurídicos, não alterando, no entanto, a vigência contratual

Solicitação do Congresso Nacional motivou a realização de inspeção destinada a verificar, entre outros itens, se a decisão da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) de rescindir o Contrato n.º 031-88/DT, tendo por objeto a modernização de trens elétricos, contrariou a Lei n.º 8.666/93 ou qualquer outro normativo legal aplicável à espécie. Ao historiar os fatos, o relator destacou que, diante da falta de cumprimento, por parte da contratada, da obrigação de entregar cinco trens modernizados até 17/01/2003, bem como da ausência de orçamento para fazer frente a todas as despesas contratuais, a CBTU decidiu, unilateralmente, *"paralisar o ajuste"*, por meio do 9º Termo Aditivo (TA), datado de 30/06/2004. A suspensão perdurou até 2007, quando a CBTU, acolhendo parecer da Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades (Conjur/MC), considerou extinto o Contrato n.º 031-88/DT. O entendimento da Conjur/MC, ao reconhecer a impossibilidade jurídica de continuação da avença, baseou-se, em síntese, no fato de o 8º TA haver prorrogado a vigência do contrato até 17/01/2004, sendo que o 9º TA somente fora firmado em 30/06/2004. Irresignada com tal entendimento, a contratada interpôs recurso junto à CBTU, oportunidade em que foi solicitado novo parecer da Conjur/MC. O relator ressaltou que este último parecer deixou bem evidenciado, em relação aos negócios jurídicos, a existência de três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Em resumo, *"a vigência se refere ao plano da existência do ato, enquanto a validade decorre de sua conformação ao direito e a eficácia consubstancia a aptidão para a produção de efeitos jurídicos válidos, não havendo necessariamente vinculação entre esta e aquelas. Exemplificativamente, um contrato com cláusula de condição suspensiva subordinando determinado efeito, desde que constituído de acordo com as normas jurídicas aplicáveis à espécie, é existente, válido e ineficaz em relação àquele efeito até que ocorra o implemento da condição."*. Dessa maneira, o relator concluiu que a suspensão contratual levada a efeito pela CBTU, em 2003, atingiu o plano da eficácia do Contrato n.º 031-88/DT, impossibilitando a

produção de efeitos jurídicos, *"não alterando, contudo,* ***per se****, a vigência contratual, intimamente ligada à existência do ajuste"*. Para o relator, a decisão da CBTU teve, em verdade, caráter meramente declaratório, uma vez que, de fato, não ocasionou a extinção da avença, mas apenas reconheceu a sua ocorrência, a qual se deu em função do término de sua vigência. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, o Plenário decidiu informar ao Senado Federal que a decisão da CBTU de considerar extinto o Contrato n.º 031-88/DT não contrariou a Lei n.º 8.666/93 ou qualquer outro normativo legal relacionado à matéria. ***Acórdão n.º 2406/2010-Plenário, TC-013.725/2010-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.09.2010.***

Irregularidades contratuais: 2 - A cessão de direitos, com a consequente sub-rogação da contratada, contraria a Lei n.º 8.666/93
Ainda com relação ao Contrato n.º 031-88/DT, celebrado pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) com vistas à modernização de trens elétricos, foi identificado que, por meio do 6º Termo Aditivo, a contratante, atendendo ao pedido da Cobrasma S.A., formalizou a cessão dos direitos e obrigações desta empresa para a Trans Sistemas de Transportes S.A. (T'Trans). Para o relator, a cessão de direitos ocorrida no âmbito do Contrato n.º 031-88/DT, com a consequente sub-rogação da Cobrasma pela T'Trans, contraria a Lei n.º 8.666/93, nos termos da jurisprudência do TCU. A Consultoria Jurídica da CBTU foi favorável ao pleito da Cobrasma S.A., sob o fundamento, em síntese, de que o art. 68, VI, do Decreto-Lei n.º 2.300/86, a seguir transcrito, possibilitava a citada transferência contratual: *"Art. 68. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, exceto se admitida no edital e no contrato ou obtida prévia autorização escrita da Administração;"*. Segundo o relator, o aludido dispositivo não dá ensejo a que determinada empresa contratada – pela via da licitação – seja substituída por outra que não logrou vencer o certame, uma vez que *"tal manobra implica, em resumo, burla ao dever de licitar, insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal"*. Não por outro motivo, ressaltou o relator, o TCU já se posicionou no sentido de que, mesmo na vigência do Decreto-Lei n.º 2.300/86, a cessão total do contrato administrativo era indevida e ilegal. No caso concreto, o relator deixou de propor medidas adicionais no sentido de apurar a responsabilidade pela irregularidade, tendo em vista que o fato ocorreu em época pretérita (ano de 2000) àquela em que o TCU firmou entendimento pela *"impossibilidade da transferência contratual via cessão contratual"* (ano de 2002). O Plenário acolheu a manifestação do relator. Precedentes citados: Decisões n.os 420/2002 e 119/2000, ambas do Plenário; Decisão n.º 129/2002-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 2406/2010-Plenário, TC-013.725/2010-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.09.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Pregão: uso indevido da denominação "projeto básico" em substituição a "termo de referência"
Por meio do Acórdão n.º 1.063/2010-1ª Câmara, prolatado em processo de representação contra possíveis irregularidades no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 460/2009, o Tribunal recomendou à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. que, na fase preparatória da licitação na modalidade pregão eletrônico, elabore termo de referência, conforme previsto no art. 9º, inciso I, do Decreto n.º 5.450/2005. Tal recomendação decorreu da constatação da ocorrência de impropriedade formal, caracterizada pelo uso indevido da denominação 'projeto básico' em substituição a 'termo de referência', sendo esta a nomenclatura empregada pelo decreto regulamentador do pregão. Alegando haver obscuridade e omissão no referido **decisum**, a entidade opôs embargos de declaração. Em seu voto, o relator do recurso observou que, embora constasse do projeto básico anexado ao edital do Pregão Eletrônico n.º 460/2009 os elementos que deveriam integrar o termo de referência, merecia, sim, prosperar a recomendação sugerida pela unidade técnica na instrução da representação em foco, uma vez que a Administração deve utilizar os *"termos peculiares à modalidade de licitação que estiver processando"*. Acolhendo o voto do relator, a Primeira Câmara decidiu negar provimento aos embargos, mantendo, em seus exatos termos, o acórdão recorrido. ***Acórdão n.º 5865/2010-1ª Câmara, TC-003.406/2010-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 14.09.2010.***

SEGUNDA CÂMARA

Contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação: 1 - Serviços contínuos X serviços de natureza singular

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades perpetradas pela administração do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea). Mereceu destaque a contratação de escritório de advocacia mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93, visando à prestação de serviços de consultoria e assessoramento relacionados aos pleitos eleitorais de todo o sistema Confea. Conquanto os responsáveis tenham demonstrado satisfatoriamente, em suas razões de justificativa, a notória especialização do escritório de advocacia contratado, o relator considerou que a defesa apresentada não logrou êxito em demonstrar a singularidade do objeto da avença. Julgou, ainda, oportuno destacar os seguintes pontos da análise da unidade técnica: 1º) mediante o Acórdão n.º 63/2007-Plenário, o TCU já havia endereçado determinações ao Confea no sentido de que se abstivesse de celebrar contratos dessa natureza sem o devido procedimento licitatório; 2º) a despeito da determinação proferida no referido aresto, o Confea firmou novo contrato, em 31/12/2008, mediante inexigibilidade de licitação, com o mesmo escritório de advocacia que já se encontrava prestando serviços à entidade; 3º) embora se refiram a matéria eleitoral, os serviços de advocacia contratados pelo Confea envolvem um grande número de atividades, fato que corrobora a ausência de singularidade do objeto da avença; 4º) os serviços de advocacia em tela vêm sendo prestados pela mesma contratada há 15 anos, sempre mediante inexigibilidade de licitação; e 5º) os pleitos eleitorais do Confea são realizados anualmente, demonstrando tratar-se de atividade rotineira inerente ao funcionamento da entidade, *"o que desabona, também, a tese de singularidade do objeto"*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu aplicar multa aos responsáveis. ***Acórdão n.º 5318/2010-2ª Câmara, TC-030.816/2007-2, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 14.09.2010.***

Contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação: 2 - Responsabilidade, perante o TCU, do parecerista jurídico e daqueles que decidem com base em parecer no qual se defende tese flagrantemente ilegal

No que se refere à identificação das responsabilidades dos gestores do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea) acerca da contratação supostamente irregular de escritório de advocacia, mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93, visando à prestação de serviços de consultoria e assessoramento relacionados aos pleitos eleitorais de todo o sistema Confea, o relator assinalou que os gestores ouvidos em audiência atuaram decisivamente na consumação do ato inquinado, uma vez que, na condição de membros do Conselho Diretor, do Plenário (Conselho Eleitoral Federal – CEF), ou de pareceristas jurídicos, manifestaram-se, de maneira inequívoca, em favor da contratação irregular. O relator esclareceu que, desde o início das tratativas no âmbito da administração do Confea, a Procuradoria Jurídica da entidade alertou os membros do CEF da existência do Acórdão n.º 63/2007-Plenário, o qual impedia a prorrogação do contrato examinado nos autos. O relator observou que, mesmo diante de expressa determinação do TCU em desfavor da contratação por inexigibilidade de escritório de advocacia naquelas condições, o parecerista jurídico se manifestou em prol dessa possibilidade, tendo solicitado ao CEF, inclusive, a indicação do profissional a ser contratado. Observou também que, ao fundamentar seu posicionamento, o parecerista jurídico construiu argumentação contraditória, isso porque, embora tenha afirmado ser impossível a prorrogação do contrato existente, dada a ausência dos requisitos para a contratação por inexigibilidade, no mesmo parecer declarou ser possível a celebração de novo contrato por igual fundamento, desde que preenchidos os mesmos requisitos jurídicos que o TCU já havia entendido inexistentes na contratação original. Diante dessa manifestação, o CEF, mediante deliberação unânime, indicou à Procuradoria Jurídica o nome do mesmo escritório de advocacia que já se encontrava prestando serviços ao Confea. E, em face da indicação do CEF, a Procuradoria Jurídica emitiu novo parecer favorável à contratação. A partir da atuação da Procuradoria Jurídica e do CEF, o Conselho Diretor do Confea aprovou a contratação do escritório de advocacia indicado, culminando na celebração do referido instrumento. O relator entendeu que todo o procedimento que levou à contratação do escritório de advocacia em comento, por inexigibilidade, teve origem em erro grosseiro praticado no âmbito da administração do Confea, com indícios de prática de ato doloso ou de má-fé, dado que, mesmo citando a deliberação do TCU que proibiu expressamente a prorrogação do referido contrato, os órgãos diretivos daquele conselho praticaram a irregularidade em apreço, concorrendo decisivamente para o descumprimento do aludido **decisum**, com base em tese absolutamente desprovida de fundamentação jurídica. Além da aplicação de multa aos responsáveis,

o relator julgou oportuno o envio de *"cópia da deliberação a ser proferida"* à Procuradoria da República no Distrito Federal, com vistas ao ajuizamento das ações cabíveis, tendo em vista que as irregularidades apuradas constituem indícios de crime, a teor do disposto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93. A Segunda Câmara acolheu a proposição do relator. ***Acórdão n.º 5318/2010-2ª Câmara, TC-030.816/2007-2, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 14.09.2010.***

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 21 e 22 de setembro de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

Primeira Câmara

PLENÁRIO

Licitação do tipo "técnica e preço": condições para a convocação da segunda colocada no certame, no caso de impossibilidade de contratação da primeira

Por meio de levantamento de auditoria realizado nas obras de duplicação da BR-104/NE, no Estado de Pernambuco, foi constatado possível sobrepreço no Contrato UT-09-009/05, firmado entre a Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes em Pernambuco (DNIT) e a empresa JBR Engenharia Ltda., com o objetivo de realizar serviços de supervisão e fiscalização das obras. O relator, ao fazer referência a acórdão proferido anteriormente pelo Tribunal, relativo à mesma situação, destacou que a licitação, resultante no contrato examinado, adotara como critério de julgamento a "técnica e preço". Ao fim, disputaram efetivamente a contratação as empresas JBR Engenharia e Seplane Ltda., com preços de R$ 5.441.034,39 e R$ 5.515.725,69, respectivamente. Como as notas técnicas "*diziam respeito ao histórico de atuação da empresa e à capacitação de seu corpo técnico*", a empresa Seplane sagrou-se vencedora do certame. Por ocasião da celebração do contrato, a Seplane enfrentou problemas quanto ao seu cadastro, o que levou ao chamamento da segunda colocada, a JBR Engenharia. Para o relator, "*em interpretação literal do § 2º do art. 64 da Lei 8.666/93, o qual estabelece que a segunda colocada deve ser convocada nas idênticas condições da primeira desistente, contratou-se a empresa por preço superior ao que ela própria havia proposto. Isso porque o preço da segunda colocada era inferior ao da primeira*"**.** A situação, por conseguinte, "*desvirtuou a finalidade do dispositivo legal, qual seja, preservar as melhores condições obtidas com a primeira colocada, pois se majorou o preço da proposta da segunda colocada sem que houvesse melhora na sua parte técnica*". Nas palavras do relator, "*acatou-se o pior das duas propostas - o preço superior da primeira e a proposta técnica inferior da segunda*". Assim, "*considerando a impossibilidade de a segunda colocada reproduzir as condições técnicas da vencedora do certame, o mínimo que se poderia esperar é que os preços praticados fossem os menores ofertados, de forma a ser respeitada a finalidade do § 2º do art. 64 da Lei 8.666/93 e serem atendidos os princípios da economicidade e razoabilidade. Ou seja, no caso concreto, a empresa deveria ter sido contratada pelo preço de R$ 5.441.034,39, e não pelo preço de R$ 5.515.725,69*". Noutras palavras, "*restou devidamente caracterizado que o valor da contratação foi indevido*". O relator, então, votou por se determinar ao DNIT que adotasse medidas com vistas ao ressarcimento ao erário, por parte da contratada, dos valores pagos a maior, no que

obteve a anuência do Plenário. Precedente citado: Acórdão n.º 2723/2009-Plenário. ***Acórdão n.º 2512/2010-Plenário, TC-015.150/2009-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 21.09.2010***.

Contratação de serviços: necessidade de correspondência entre os salários informados na planilha de preços da contratada e os efetivamente pagos por ela aos seus empregados
Levantamento de auditoria realizado nas obras de construção de trechos rodoviários na BR-156, no Estado do Amapá, a cargo do Governo do Estado, representado por sua Secretaria de Transportes – SETRAP, em razão de convênio firmado com o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT), identificou que os salários informados na planilha de preços da empresa SD – Consultoria e Engenharia Ltda., contratada para fiscalizar as obras em questão, seriam bem superiores aos efetivamente pagos pela empresa aos seus empregados. Ouvido em audiência, um dos responsáveis alegou que, como se tratava de "*consultoria para execução de serviços de supervisão e acompanhamento das obras de construção e pavimentação da Rodovia BR-156/AP"*, e não locação de mão de obra, o pagamento deveria ser executado a partir da "*execução do serviço contratado e não tendo como base o salário pago aos seus empregados*". Por conseguinte, para o aludido responsável, o fato de "*a empresa contratada conseguir profissionais no mercado de trabalho com salário inferior à média é matéria que escapa à competência desta Secretaria de Estado de Transportes/SETRAP, bem como se, ao contrário disso, só conseguir com salário superior. Ou seja, os salários informados pelos licitantes quando da formação dos custos referenciais são exatamente isso, referenciais*". A unidade técnica, ao analisar as justificativas apresentadas, destacou que o "*serviço se baseia, quase que em sua totalidade, em pagamentos de funcionários, cada qual especializado em uma das técnicas necessárias ao serviço*" e que "*a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro deve operar em ambos os sentidos: tanto em favor do particular, como em favor da Administração*", estando tal equilíbrio, na espécie, "*direcionado a salvaguardar o direito de a Administração manter o mesmo padrão de despesa em relação à efetiva prestação do contratado*". O relator, ao concordar com a unidade instrutiva, destacou a discrepância entre os valores dos "*salários faturados nas medições e os efetivamente pagos aos empregados da contratada, segundo declarado nas Relações Anuais de Informações Sociais (RAIS), e que também serviram de base para o recolhimento de tributos federais*". Para o relator, "*a contratada cobrou da administração valores, a título de mão de obra, muito acima do que efetivamente pagou a seus empregados*", situação que, "*sem dúvida, caracteriza enriquecimento da empresa, sem justa causa, em decorrência do lucro obtido em patamares excessivamente além do previsto na planilha orçamentária que serviu de base à licitação e ao contrato*". Desse modo, conforme o voto do relator, a unidade técnica teria razão ao "*propor a rejeição das razões de justificativa dos responsáveis, pois a alegação comum de que o pagamento de salários é um risco exclusivo da contratada não é verdadeira, pois restou comprovado prejuízo ao erário*", cabendo, por conseqüência, a recomposição da equação econômico-financeira correspondente ao contrato. Considerou, ainda, que, caso a situação fosse reversa, ou seja, se a Administração estivesse pagando à contratada valores bem inferiores aos custos efetivamente incorridos por ela*, "a interessada há muito teria provocado a administração para a revisão das condições contratuais*". Desse modo, ao rejeitar as justificativas apresentadas pelos responsáveis, o relator votou por uma série de determinações corretivas à SETRAP, para contratações futuras, bem como, no presente caso, por que lhe fosse determinado adotar as medidas necessárias com vistas ao ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos decorrentes dos salários pagos a maior à contratada, quando comparados aos efetivamente entregues por esta aos seus empregados. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos nºs 1.014/2007, 1.233/2007 e 2.632/2007, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2477/2010-Plenário, TC-006.144/2009-1, rel. Min. Augusto Nardes, 21.09.2010***.

Contrato de locação de imóvel em que a Administração Pública é locatária: necessidade de autorização formal do proprietário no caso da realização de benfeitorias
Em representação formulada com vistas a subsidiar o exame da prestação de contas da Radiobrás, relativa ao exercício de 2007, foram indicadas prováveis irregularidades em contratação direta feita pela entidade, cujo objeto consistia na "*execução de serviços de arranjo físico e obras de adaptação, reformas, modernização e montagem de instalações prediais em imóvel locado em São Paulo/SP, denominado 'Espaço Bic', com o propósito de abrigar emissoras de TV em formato digital e analógico*". Dentre tais irregularidades, estaria a realização de "*benfeitorias que aderem de forma permanente ao imóvel locado, sem autorização prévia do locador e termo aditivo ao contrato, instrumentos indispensáveis ao necessário ressarcimento por parte do locador*". Ouvidos em audiência, os gestores alegaram equívoco por parte da unidade técnica, uma vez que "*a reforma do espaço locado pela Radiobrás foi realizada com a anuência expressa do locador*". As

benfeitorias necessárias, de acordo com os gestores, seriam indenizadas pelo locador, em 12 parcelas; já as benfeitorias úteis "*serão objeto de negociação entre as partes, por ocasião do encerramento da locação, para definições formais a respeito da aquisição da sua totalidade, ou parte delas, pela locadora ou realizada a sua retirada do imóvel".* Em sua instrução, a unidade técnica consignou que não foi apresentada pela entidade "*a formalização, por meio de documento próprio, do consentimento prévio do locador quanto às benfeitorias realizadas no imóvel, com vistas a cumprir o disposto no art. 23, inc. VI, da Lei nº 8.245/91. Ressalte-se que, nos termos do art. 35 da referida lei, as benfeitorias úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o direito de retenção*". Como não ocorrera o consentimento do locador, não haveria amparo legal para a indenização. Ao examinar a matéria, o relator destacou as providências adotadas pelos gestores da Radiobrás que, ao longo do processo, envidaram esforços no intuito de corrigir a irregularidade, acertando com o locador, formalmente, os termos da indenização com relação às benfeitorias realizadas no imóvel locado, mediante termo aditivo ao contrato originário, abarcando, inclusive, as benfeitorias úteis. Votou, por conseguinte, pelo acolhimento das justificativas apresentadas, sem prejuízo de alertar à Radiobrás que é contrária à Lei nº 8.245/1991 (art. 23, inciso VI) a "*realização de benfeitorias em imóvel alugado sem prévia autorização por escrito do proprietário, em desacordo com o respectivo contrato*", além de não ser assegurada a indenização no caso de benfeitorias úteis não autorizadas. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 2489/2010-Plenário, TC-006.651/2008-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, 22.09.2010***.

Restrição à competitividade: a prova de inscrição perante a fazenda pública deve-se dar de acordo com a natureza do objeto da licitação

Por intermédio de representação, empresa licitante informou ao Tribunal possíveis irregularidades em ato que a inabilitou em concorrência promovida por Furnas Centrais Elétricas S.A., cujo objeto constituía-se na contratação de serviços de consultoria para executar programa de gestão ambiental de linhas de transmissão. Em sede de audiência, um dos fatos a serem esclarecidos foi a exigência editalícia, para fim de habilitação, "*da apresentação de documento comprobatório da inscrição no cadastro de contribuintes estadual*", o que seria incompatível com o objeto do certame, encontrando-se em desacordo com o preceituado no art. 29 da Lei 8.666/1993. Os gestores aduziram que "*a exigência de prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual consta de todos os seus editais, nunca tendo sido este item alvo de reparos pela Controladoria Geral da União ou mesmo pelo TCU*". Afirmaram, ainda, com base em julgado do Superior Tribunal de Justiça, que a *"Lei de Licitações exige prova de regularidade fiscal perante todas as fazendas, independentemente da atividade do licitante*". Dessa forma, conforme os gestores, em face do disposto nos incisos I e II do art. 29 da Lei 8.666/1993, "*a prova de regularidade fiscal, no caso da Fazenda Estadual, faz-se com a comprovação de inscrição, em conjunto com a respectiva certidão de regularidade de tributos*". Para eles*, "considerando as exigências do inciso II do art. 29 da lei, na hipótese de a licitante não estar sujeita à inscrição estadual, deveria disto fazer prova documental, por meio de certidão ou declaração do órgão competente*". A unidade técnica, ao analisar o assunto, expôs, inicialmente, a redação do art. 29, inc. II, da Lei 8.666/1993, que, ***in literis***, exige "*prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal"*. O edital da concorrência contestada pela representação, todavia, no item *"relativo às exigências documentais de regularidade fiscal, ao reproduzir comando semelhante ao do art. 29, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, modificou sua redação ao trocar a conjunção 'ou' pela conjunção 'e', o que na prática estabeleceu a necessidade de comprovação de inscrição em ambos os cadastros de contribuintes: municipal e estadual*". Desse modo, para a unidade técnica, "*a mudança de sentido do dispositivo operada pela troca de conjunções amplia, a princípio, o escopo de exigências do certame, introduzindo requisitos não presentes no texto legal*". Pelo objeto da concorrência, serviços de consultoria, "*verifica-se situação de atividade em que incidirá Imposto sobre Serviços, gerando obrigatoriedade de inscrição em cadastro municipal de contribuintes, e possível caracterização de isenção tributária estadual*". No que diz respeito à afirmativa dos gestores de que "*a empresa inabilitada teria de comprovar a condição de isenta na Fazenda Estadual por meio de apresentação de certidão ou declaração do órgão competente*", a unidade instrutiva enfatizou "*que tal exigência não estava expressa no edital da licitação e configura uma interpretação ampliativa dos requisitos de regularidade fiscal expressos no art. 29, inciso II, da Lei nº 8.666/1993*". Desse modo, concluiu que a "*exigência de prova da isenção de inscrição estadual, considerando a natureza da atividade objeto da licitação, afigurou-se meramente formal, abusiva, em desacordo com o edital e com a legislação de regência*". Propôs, em consequência, expedição de alerta a Furnas, de modo a evitar ocorrência semelhante em licitações futuras. O relator, ao concordar com as análises empreendidas pela unidade técnica, destacou que "*as impropriedades do procedimento licitatório questionado não se mostraram de gravidade suficiente para configurar lesão ao erário*". Com relação à específica situação da representante, considerou

que mesmo se a inabilitação pelo não cumprimento do requisito de regularidade fiscal fosse desconstituída, a empresa subsistiria inabilitada, pelo não atendimento de requisitos de qualificação técnica, exigidos pelo edital. Assim, votou pela procedência parcial da representação, com a emissão dos alertas sugeridos, no que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 2495/2010-Plenário, TC-019.574/2010-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 21.09.2010***.

Rol taxativo quanto à documentação exigível para fim de qualificação técnica dos licitantes

Em decisão monocrática adotada a partir de Representação de licitante contra o Pregão 26/2010, conduzido pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, o relator, acolhendo manifestação da unidade técnica, determinou a suspensão dos atos decorrentes do aludido certame, até que o Tribunal delibere, em definitivo, a respeito da matéria questionada. A licitação teve por objeto a contratação de serviços especializados em tecnologia da informação, na área de operação de infraestrutura, central de serviços, suporte a estações de trabalho, suporte a instalações físicas e instalação e movimentação de equipamentos e pontos lógicos e elétricos. Em suma, o questionamento da representante referiu-se à exigência "*para fins de habilitação das licitantes, de previsão de parcerias a serem firmadas com fabricantes das plataformas utilizadas no ambiente de TI do CNPq*". A respeito disso, expôs que o edital justificou a fixação do quesito "*em razão de os termos de parceria possuírem relação direta com a qualificação técnica dos profissionais da licitante e possibilitarem o acesso ao serviço de suporte diretamente com o fabricante*". Todavia, para a representante, com base na jurisprudência do TCU, haveria *"excesso em exigir parcerias no nível máximo com fabricantes, uma vez que níveis intermediários são mais comuns ao mercado; que não há relação direta entre as parcerias e a qualidade da prestação dos serviços; que a qualidade da prestação dos serviços relaciona-se com a experiência no parque tecnológico de profissionais qualificados, exigência já apresentada no Edital; e, por fim, que o suporte técnico oferecido pelos fabricantes não pode ser utilizado pelos clientes dos parceiros*". Destacou a representante, ainda, que o CNPq alegou que "*as exigências de parcerias não são necessárias para a habilitação no certame, mas sim para a contratação, e que a solicitação de parcerias para contratações de serviços de TI, com o objetivo de garantir a qualidade dos serviços e sustentabilidade da contratação, é utilizada por diversos órgãos*". A unidade técnica, ao apurar os fatos, registrou que o "*edital dispõe expressamente que a não apresentação de documento comprobatório da firmatura das parcerias pela licitante vencedora ensejará a desclassificação da empresa*". Assim, "*em que pese o CNPq defender que a exigência das parcerias não é atribuída à habilitação, mas sim à contratação, o que denota diferença quanto ao momento de apresentar a comprovação, conclui-se que esse requisito possui caráter eliminatório*". Para a unidade técnica, a situação seria diferente caso se "*configurasse como critério de pontuação técnica, caracterizando-se como aspecto classificatório, o que é tido como possível pelo Tribunal de Contas da União*". Ainda para a unidade técnica, no que se refere à qualificação técnica, a exigência de parceria em nível máximo, com os fabricantes das plataformas de TI utilizadas pelo CNPq, não se insere no rol taxativo constante da Lei 8.666/1993. Além disso, "*a justificativa apresentada pelo CNPq para as parcerias não demonstra o nível de detalhamento técnico que o tema requer. É necessária a descrição das circunstâncias técnicas que demandaram a exigência de nível máximo de parceria, de modo a proporcionar transparência quanto à motivação do requisito e promover o conhecimento das razões que ensejaram a previsão, principalmente por ser critério de eliminação".* O Plenário referendou a cautelar deferida pelo relator. Precedentes citados: Acórdãos n.[os] 247/2003, 865/2005, 126/2007, 1.213/2009, todos do Plenário. ***Decisão monocrática no TC-020.495/2010-2, rel. Min. Subst. André Luís de Carvalho, 22.09.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Responsabilidade pelo recolhimento de tributos relativos a contratações públicas: o papel ativo do administrador público

"*A responsabilidade pelo recolhimento de tributos recai exclusivamente sobre a empresa contratada, a teor do disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993; nada obstante, o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos reserva ao administrador papel ativo em relação às obrigações tributárias das empresas interessadas em contratar com a administração, devendo o gestor público dar fiel observância às obrigações legais, regulamentares e contratuais tendentes a exigir da contratada o fiel cumprimento de suas obrigações fiscais.*". Assim foi ementado o entendimento a que chegou o Tribunal ao apurar, em sede de processo de representação, possíveis irregularidades incorridas pelo Serviço Social do Comércio em Rondônia – Sesc/RO, quanto a contrato relativo às obras de reforma do edifício do aludido serviço social.

Dentre tais irregularidades estaria o fato de que a administração regional do Sesc/RO não procedera à retenção do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN devido pela empresa Tecnenge Tecnologia Civil Ltda., contratada para executar as obras. A unidade instrutiva, após as apurações, concluiu que o Sesc/RO deixara de observar as cláusulas contratuais condicionadoras do pagamento ao recolhimento de tributos, uma vez que o contrato, em suas disposições, seria claro ao estabelecer que "*por ocasião de cada faturamento, será exigida simultaneamente a apresentação dos comprovantes de recolhimento do INSS, FGTS, ISS e PIS, relativos ao mês de competência imediatamente anterior"*. Portanto, o Sesc/RO seria o "*responsável pela fiscalização do recolhimento do tributo"*. Além disso, o instrumento contratual "*determinava que os pagamentos deveriam ser realizados mediante a apresentação de notas fiscais ou notas fiscais-faturas que destacassem, entre outras retenções legais, o ISS*". No seu voto, o relator ressaltou que, "*entre os princípios sobre os quais se ergue o Estatuto das Licitações e Contratos, está a firme ojeriza a empresas sonegadoras de tributos arrecadados pelas diversas esferas de governo. E trata-se de ojeriza ativa e permanente, perpassando todo o processo licitatório e continuando pelo contrato até o último pagamento. Não é por outro motivo que uma das condições mínimas de habilitação em licitações públicas é a regularidade fiscal com os fiscos federal, estadual e municipal (art. 29, inciso III, da Lei 8.666/1993)*". Desse modo, ainda para o relator, "*o administrador público deve agir de maneira mais do que meramente cooperativa no que se refere às obrigações tributárias das empresas contratadas pela administração*". Todavia, o relator considerou que "*o Sesc/RO tem razão em sustentar que a entidade não está obrigada a reter e recolher o ISSQN devido ao município. Diante da inexistência de lei federal ou municipal determinando a retenção parcial ou total de tributos, a obrigação do recolhimento recai exclusivamente sobre a própria contratada, nos exatos termos do art. 71, **caput**, da Lei 8.666/1993*". Por conseguinte, discordou quanto à proposta da unidade técnica de apenar os gestores do Sesc/RO, pois as infrações tributárias haveriam de ser imputadas exclusivamente ao sujeito passivo do tributo, qual seja, a empresa contratada. Assim, votou pelo conhecimento da representação, bem como por sua procedência parcial, com a emissão de determinação ao Sesc/RO no sentido de que "*atenha-se às cláusulas contratuais firmadas com prestadores de serviços, especialmente as que dizem respeito à comprovação do recolhimento de tributos decorrentes da execução do contrato, exigindo da contratada, em caso de questionamento quanto ao valor do ISSQN, a apresentação dos devidos esclarecimentos sobre a pendência, e desde que a contratada não incorra na situação de irregularidade fiscal junto ao fisco municipal*", o que foi acolhido pela 1ª Câmara. ***Acórdão n.º 6055/2010-1ª Câmara, TC-011.107/2008-0, rel. Min. Augusto Nardes, 21.09.2010.***

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 28 e 29 de setembro de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

O enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte são efetuados com base em declaração do próprio empresário, perante a Junta Comercial competente

A participação em licitação reservada a microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal reservada a essas categorias, configura fraude ao certame, isso porque *"a responsabilidade pela atualização e veracidade das declarações de pertencimento às categorias acima compete às firmas licitantes"*. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao examinar representação formulada ao TCU contra possíveis irregularidades perpetradas por empresas em licitações, as quais teriam delas participado, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos previstos na Lei Complementar n.º 123/2006 e no Decreto Federal n.º 6.204/2007. De acordo com a unidade técnica, *"o enquadramento como ME ou EPP depende de solicitação da própria empresa, junto ao presidente da respectiva Junta Comercial do estado da federação onde se localiza, requerendo o arquivamento da 'Declaração de Enquadramento de ME ou EPP', conforme o inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN-DNRC nº 103/2007. Do mesmo modo, cabe à empresa solicitar o desenquadramento da situação de ME ou EPP, de acordo com a alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da mencionada IN". [...] caberia à Rub Car Ltda., após o término do exercício de 2006, dirigir-se à competente Junta Comercial para declarar seu desenquadramento da condição de EPP [...]. Isso porque naquele exercício, [...] a referida empresa extrapolou o faturamento de R$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), que permitiria ser mantido seu enquadramento como EPP no ano seguinte. [...] Ademais, não seria necessário – nem cabível – que alguma entidade – mesmo a Receita Federal – informasse à empresa que ela perdeu a condição de EPP, como pretendeu a Rub Car Ltda., já que o enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento são efetuados com base em declaração do próprio empresário perante a Junta Comercial competente [...]."*. Ao concordar com a unidade instrutiva, o relator ressaltou a má-fé da empresa, uma vez que, *"agindo com domínio de volição e cognição"*, acorreu ao certame apresentando-se indevidamente na qualidade de EPP. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de *"declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundição Ltda.,*

para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de dois anos". ***Acórdão n.º 2578/2010-Plenário, TC-008.554/2010-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 29.09.2010***.

Fornecimento de vale-refeição: a exigência de comprovação de rede credenciada próxima ao ente público demandante deve ser feita somente no momento da contratação

Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade envolvendo exigência contida no edital do Pregão Presencial n.º 14/2010, realizado pelo Serviço Social do Comércio - SESC - Administração Regional no Estado de São Paulo, tendo por objeto o serviço de gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios de vales-refeição e transporte para as unidades do SESC-SP. A exigência tida como excessiva era no sentido de que as licitantes, ainda na fase de habilitação, comprovassem, *"por meio de 'Declaração de Estabelecimentos Credenciados', anexo X deste Instrumento, o credenciamento de no mínimo dois estabelecimentos comerciais"* que aceitassem *"o vale como forma de pagamento da refeição"*, e estivessem a uma *"distância máxima de 500 metros da Unidade do SESC"*. Considerando que a licitação abrangia 32 instalações do SESC/SP, *"consistiria em desarrazoado ônus para as licitantes, tanto financeiro quanto operacional"*, a exigência de que elas cadastrassem 64 estabelecimentos *"apenas para participar do certame"*. A exigência implicaria que somente a empresa que já estivesse prestando os serviços, ou grandes empresas desse seguimento comercial, restariam habilitadas. Nesse sentido, concluiu o relator tratar-se, efetivamente, de cláusula restritiva e que potencialmente afastaria diversos interessados na prestação dos serviços, em confronto com o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu fixar prazo ao SESC/SP para anular a aludida exigência editalícia, sem prejuízo de determinar à entidade que, nas próximas contratações de serviço de fornecimento de vales-refeição para suas unidades, faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada próxima às unidades do SESC/SP apenas na fase de contratação, com fixação de prazo para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais localizados nas imediações das unidades a serem atendidas. ***Acórdão n.º 2581/2010-Plenário, TC-016.159/2010-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 29.09.2010.***

Alterações contratuais envolvendo acréscimos e supressões de itens: cálculo em separado dos limites legais

Relatório de auditoria realizada na Fundação Universidade do Vale do São Francisco (Univasf) indicou possível extrapolação do limite máximo de 25% estabelecido no art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, quando da assinatura do 4º Termo Aditivo ao Contrato n.º 89/2007. Teria sido constatado acréscimo de quantitativos ao objeto contratual, por intermédio de dois aditivos (1º e 4º), representando 29,2% do valor do contrato. Para a unidade técnica, as alterações poderiam ter ocorrido com o intuito de adequar o objeto licitado, baseado em projeto básico deficiente e/ou desatualizado, à realidade de execução dos serviços. Destacou, no entanto, que a jurisprudência do TCU, na apuração do limite previsto no § 1º do art. 65 da Lei de Licitações, acena no sentido de que devem ser considerados, em separado, os acréscimos e as supressões contratuais, não sendo permitido o balanceamento dos valores acrescidos e suprimidos. Além da extrapolação do limite de 25%, a unidade técnica questionou a qualidade das justificativas apresentadas para as alterações contratuais, em descumprimento ao *caput* do mencionado art. 65, o qual prevê que as alterações promovidas em contratos devem ser devidamente justificadas. De acordo com a unidade instrutiva, *"a solução dada pela Univasf [...] seria aceitável, caso tivesse sido demonstrada pelos responsáveis, quando da assinatura dos termos aditivos, que a alternativa de rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importaria sacrifício insuportável ao interesse coletivo e que a solução adotada seria a mais adequada, e que os pressupostos previstos na Decisão TCU 215/1999 – Plenária teriam sido satisfeitos, o que não foi feito"*. Em seu voto, o relator concordou com a equipe técnica ao assinalar que, *"embora a Univasf informasse que havia necessidade de adequação do contrato às necessidades do órgão; embora os elementos constantes da defesa demonstrassem que as alterações não foram expressivas (que teve supressões da ordem de 6,66% e acréscimos da ordem de 27,20% em relação ao valor inicial); embora a empresa contratada tenha aceitado as mesmas condições contratuais, para os acréscimos e decréscimos dos itens licitados"*, ao serem analisados os itens da planilha, verificou-se que não existiam fundamentos técnicos para embasar as alterações, bem como evidências de que tenham surgido *"elementos supervenientes que implicassem necessidades imprevisíveis por ocasião da contratação inicial"*. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu determinar à Univasf que obedeça, nas alterações contratuais, os limites estabelecidos pelo art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.666/93, bem como o disposto na Decisão n.º 215/99-Plenário. Precedentes citados: Acórdãos n.os 336/2008-Plenário e 2.079/2007-2ª Câmara. ***Acórdão nº 2588/2010-Plenário, TC-027.340/2009-5, rel. Min. Augusto Nardes, 29.09.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Pressupostos para a dispensa de licitação com fundamento no art. 24, XXIII, da Lei n.º 8.666/93

Ao processo de prestação de contas relativa ao exercício de 2003, da BBTur Viagens e Turismo Ltda., foi apensado processo de representação formulada ao TCU contra supostas irregularidades em contratações diretas da empresa Cobra Tecnologia S.A., efetivadas por órgãos e entidades da Administração Pública. Por intermédio do Acórdão n.º 127/2007-2ª Câmara, o Tribunal deliberou pela aplicação de multa aos responsáveis e por expedir determinações à BBTur. No voto condutor do aludido **decisum**, restou assente que *"a empresa Cobra Computadores e Sistemas Brasileiros S.A., atualmente Cobra Tecnologia S.A., integra a administração pública federal como entidade sob controle indireto da União e direto do Banco do Brasil S.A – BB. Na condição de controlada do BB, torna-se possível sua contratação, pelo referido Banco, tendo por base o art. 24, XXIII, da Lei nº 8.666/1993. Consignei, todavia, no Voto condutor da Decisão nº 645/2002-TCU-Plenário, que, na contratação de subsidiárias ou controladas pelos dirigentes de estatais, dois requisitos devem estar presentes: preço a ser pactuado compatível com o praticado no mercado, sob pena de o ajuste ser inquinado de ilegal, e relação de pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objetivo institucional ou social das mencionadas entidades. Nessa oportunidade, ressaltei, ainda, que, no caso de a empresa não ter capacidade de prestar diretamente os serviços ou fabricar os produtos objeto da avença, em regra, é vedada a subcontratação total, nas hipóteses de contratação direta, mediante dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, XXIII, da Lei de Licitações. No presente caso, observa-se que as contratações diretas tiveram por base o art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993 ou o art. 25, caput, da referida lei. No que se refere à utilização do inciso VIII, do art. 24, da Lei de Licitações, a lei é clara ao prescrever que a natureza jurídica da contratante é de direito público interno. E a BBTur, por se tratar de controlada de uma sociedade de economia mista, não detém a prerrogativa conferida por esse dispositivo. No que diz respeito ao fundamento legal utilizado para o provimento de infra-estrutura de call center (art. 25, caput, da Lei nº 8.666/1993), a própria BBTur, para justificar o preço contratado com a empresa Cobra, realizou pesquisa de mercado junto às empresas ESRJ, CBCC, demonstrando que a licitação era viável e que os serviços por ela oferecidos não eram exclusivos. Impende destacar, ainda, que, apesar de ter incluída no rol de seus objetivos institucionais a comercialização de equipamentos e sistemas de informática, bem como a prestação de serviços afins, a empresa Cobra, ao vender computadores ou outros equipamentos de informática à BBTur, por dispensa de licitação, sem produzi-los, estaria atuando como mera intermediária, prática contra a qual me insurgi ao relatar o TC nº 016.520/1999-8, que redundou na Decisão TCU nº 645/2002- Plenário, já citada [...]. Por fim, destaco que os presentes autos devem ser apensados às contas de 2003 da BBTUR Viagens e Turismo Ltda. (TC nº 009.072/2004-3), para subsidiar o exame de mérito da gestão, com os possíveis reflexos dos fatos aqui tratados nas contas ordinárias da BBTur."* Quando do exame das contas, o relator concluiu que a irregularidade perpetrada não seria, por si só, grave o suficiente para macular a gestão dos responsáveis como um todo. Não havendo evidência de má-fé nem de dano ao erário, e considerando que os valores dos contratos, os quais somavam aproximadamente R$ 2 milhões, representavam 0,25% do valor total gerido no exercício, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis ouvidos em audiência, dando-lhes quitação, sem prejuízo de *"determinar à empresa BBTUR Viagens e Turismo Ltda. que não contrate a empresa Cobra Tecnologia com base no art. 24, XXIII, da Lei nº 8.666/1993, bem como, havendo viabilidade de competição, que não contrate diretamente tal entidade com fulcro no art. 25, caput, da mencionada Lei"*. ***Acórdão n.º 6301/2010-1ª Câmara, TC-009.072/2004-3, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 28.09.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Majoração linear, a título de reequilíbrio econômico-financeiro, dos preços inicialmente pactuados, como consequência da subavaliação dos preços constantes do orçamento elaborado pela Administração e adotado como referência para a proposta da contratada

No âmbito da auditoria realizada com vistas a fiscalizar a aplicação de recursos federais repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) à Prefeitura Municipal de Matão/SP, objetivando a construção de uma escola de educação infantil na referida municipalidade, foi promovida a oitiva do Prefeito e do Assessor Jurídico da Prefeitura, bem como da empresa contratada, em razão de ocorrências verificadas na execução contratual, entre elas a *"revisão de cláusulas financeiras com justificativa irregular*

de reequilíbrio econômico-financeiro, por meio do 4º Termo Aditivo ao contrato". Tendo em vista que *"os preços relativos à presente contratação quedaram-se aquém daqueles praticados no mercado"*, houve a majoração linear, a título de reequilíbrio econômico-financeiro, dos preços inicialmente pactuados. Em seu voto, o relator observou que a matéria é regida pela alínea 'd' do inciso II do art. 65 da Lei n.º 8.666/93, tratando-se de hipótese em que se busca o reestabelecimento da relação contratual inicialmente ajustada pelas partes, a qual teria sofrido alteração por álea extraordinária superveniente ao originalmente contratado. No caso concreto, os responsáveis, *"além de não apontarem nenhum fato superveniente à celebração do contrato, expressamente afirmam que o suposto problema decorreu de subavaliação dos preços constantes do orçamento efetuado pela Prefeitura e adotado como referência para a proposta da empresa. Assim, aparentemente a empresa foi beneficiada pelo fato dela, no entender dos gestores, haver apresentado uma proposta desconectada dos preços de mercado."*. O relator concluiu não haver amparo legal para procedimentos da espécie, *"mesmo que, apenas por argumentar, estivesse demonstrada a inadequação da proposta aos preços de mercado"*. Segundo o relator, em havendo erro em determinada proposta de empresa licitante, deve ela responder por isso, rescindindo eventual contrato, por exemplo, e arcando com as consequências daí decorrentes. Para ele, não importa *"que o orçamento base esteja equivocado, pois as licitantes devem elaborar as propostas de acordo com o seu conhecimento do mercado e não de acordo com o conhecimento da Administração"*. Ademais, tal espécie de alteração contratual acabaria por descaracterizar o processo licitatório, pois afetaria o princípio da isonomia, *"ao se propiciar uma vantagem à contratada que não era de conhecimento dos demais potenciais licitantes"*. Considerando, no entanto, que não foram aplicados recursos federais no aditivo mencionado, o relator concluiu que o TCU não possui jurisdição sobre os atos de gestão relacionados a esse termo aditivo. Acolhendo o voto do relator, a Segunda Câmara deliberou no sentido de *"determinar à Prefeitura Municipal de Matão/SP que se abstenha de utilizar recursos de origem federal para promover pagamentos com base no 4º Termo Aditivo ao contrato celebrado entre essa municipalidade e a Construtora Cusinato Ltda."*, bem como *"encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e ao Ministério Público do Estado de São Paulo"*. ***Acórdão n.º 5686/2010-2ª Câmara, TC-018.026/2010-9, rel. Min. Benjamin Zymler, 28.09.2010***.

Justificativa para prosseguimento de certame na modalidade de convite sem o quórum mínimo de licitantes

Ao examinar a prestação de contas do Centro Federal de Educação Tecnológica de Sergipe (Cefet/SE) relativa ao exercício de 2007, a unidade técnica identificou possíveis irregularidades, entre elas a *"realização de Convite sem o número mínimo de três propostas válidas"*. De acordo com a unidade instrutiva, *"a falha ocorreu por limitações do mercado e manifesto desinteresse dos convidados, o que deveria ter sido, a princípio, cabalmente justificado no processo licitatório, sob pena de repetição do convite, consoante disposto no § 7º do artigo 22 do Estatuto das Licitações e Contratos. Em suas justificativas, o gestor esclareceu que não limitou sua pesquisa de mercado, tendo convidado treze empresas do ramo, apesar do comparecimento de apenas duas para apresentação de propostas. Acrescentou que o fato da CPL ter prosseguido o certame com apenas uma proposta válida ocorreu porque havia uma representação do Ministério Público Federal cobrando providências em relação à revisão dos telhados, e, repetir a carta-convite, retardaria a execução do objeto e comprometeria a segurança da Instituição. Em seguida, verificou que o preço estava condizente com o de mercado e haviam sido atendidas as condições de habilitação e exigências editalícias antes de adjudicar a única proposta válida, o que minimiza a gravidade da constatação e permite que o indício de irregularidade seja considerado como falha na gestão."*. Ao dissentir da unidade técnica, o relator destacou que foram inicialmente convidadas treze empresas, tendo comparecido apenas duas. Em razão disso, designou-se nova data para abertura das propostas, convocando-se mais onze empresas, além das treze inicialmente convidadas. Ainda assim, não foram obtidas três propostas válidas. Nesse contexto, *"mostra-se razoavelmente justificado o prosseguimento da licitação"*, entendimento que contou com a anuência do Colegiado. ***Acórdão n.º 5670/2010-2ª Câmara, TC-018.007/2008-7, rel. Min. José Jorge, 28.09.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 5 e 6 de outubro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Estimativa de preços em contratações públicas: obrigação advinda da Lei 8.666/1993
Em face de representação formulada ao Tribunal acerca de supostas irregularidades na aquisição e implementação, pelo extinto Ministério da Aeronáutica, de sistema de controle de tráfego aéreo, denominado Syncromax, desenvolvido pela empresa Atech – Fundação Aplicações Tecnológicas Críticas, foi realizada auditoria nos contratos firmados para a aquisição do referido sistema. Dentre os achados da equipe de auditoria, constou a "*ausência de método formal de validação das propostas comerciais da Atech*". A esse respeito, foi consignado pela unidade técnica que "*o gestor do Syncromax informou que não existe processo formal para validação dos valores fornecidos pela Atech nos contratos*". Na realidade, o procedimento adotado pela contratante seria "*a comparação com os valores utilizados em contratos anteriores e a aplicação de índice de atualização monetária, se for o caso*". Desse modo, não existiria "*método formal para avaliação das propostas comerciais da Atech, tais como análise por pontos de função ou comparativo com outros valores praticados no mercado*". Ainda para a unidade técnica, "*o fato de todas as contratações terem sido realizadas por inexigibilidade de licitação reforça ainda mais a necessidade de adoção de método formal para efetivamente se certificar de que os preços cobrados pelo fornecedor são condizentes com os praticados pelo mercado*". No seu voto, o relator destacou que, em razão do método adotado, "*se houve falhas nas estimativas dos preços nas primeiras contratações, essa falha perdurará em todas as subsequentes*". Ainda para o relator, é aceitável que, "*quando das primeiras contratações, o pioneirismo do objeto contratado e a sua complexidade possam ter dificultado a justificativa dos preços por meio de critérios objetivos*". Todavia, atualmente, em razão da experiência adquirida pelo contratante, não haveria mais "*razões para não ser dado cumprimento pleno ao disposto na Lei 8.666/93 (arts. 26, parágrafo único, inciso II, e 43, inciso IV)*". Desse modo, votou por se determinar ao contratante que "*estabeleça método formal de estimativa de preços dos serviços contratados junto às empresas fornecedoras*", em cumprimento

às disposições da Lei 8.666/93, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos 1.182/2004 e 301/2005, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2643/2010-Plenário, TC-023.499/2007-3, rel. Min. Benjamin Zymler, 06.10.2010.***

Contratação de serviços de duração continuada: 1 – Critérios de reajustamento contratual para as empresas estatais

No âmbito de tomada de contas especial resultante de inspeção realizada na contratação da empresa Gtech Brasil Ltda. pela Caixa Econômica Federal, cujo objeto constituía-se na operacionalização de serviços lotéricos e não lotéricos prestados pela rede de lojas lotéricas credenciadas pela Caixa em todo o país, averiguou-se, dentre outros pontos, a não observância do art. 40, inc. XI, da Lei 8.666/1993, que determina o reajustamento do preço dos serviços contratados pela Administração Pública com base na "*variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, no período considerado*". A unidade técnica, com base em farta e divergente jurisprudência do Tribunal, concluiu que, nos contratos firmados, com período superior a um ano, por sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pela União, o reajustamento de preços poderia ocorrer a partir dos critérios estabelecidos no art. 3º da Resolução 10/96, editada pela Coordenação e Controle das Empresas Estatais – CCE, pois não haveria "*ilegalidade no uso desta, que determina como parâmetros técnicos na repactuação os critérios de qualidade e preço de mercado"*. Todavia, em razão das divergências existentes, propôs que fosse suscitado incidente de uniformização jurisprudencial, de modo a solucionar o aparente conflito entre diversas decisões do Tribunal. Para o relator, contudo, não seria necessário situar a discussão em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, uma vez que "*a jurisprudência da Corte inclina-se visivelmente para a inclusão, no edital, de critérios de reajuste que privilegiem, de forma objetiva, a variação efetiva de custos ocorrida no período considerado, o que é plenamente factível na generalidade dos casos possíveis*". Para ele, a "*Resolução CCE 10/1996 desvincula a alteração dos preços contratuais à variação do custo dos serviços, atrelando-a, em vez disso, aos preços vigentes no mercado para serviços de qualidade semelhante. Evidente que, nesse regime, a subjetividade na definição dos novos preços é maior*". Ainda de acordo com o relator, "*na sistemática da Lei 8.666/1993, como é óbvio, o inicial equilíbrio econômico-financeiro não se perde ao longo da execução do contrato. Trata-se, portanto, de dispositivo muito mais rigoroso e transparente do que o art. 3º da Resolução CCE 10/1996, o que requer posicionamento mais explícito desta Corte acerca da validade deste último*". Assim, ementou o entendimento de que, "*até que seja editada a lei específica de que trata o art. 173, §1º, inciso III, da Constituição, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União devem fazer constar, nos editais e contratos alusivos à prestação de serviços de duração continuada, previsão de que os reajustes de preços devem ser feitos com base na efetiva variação de custos comprovada pelo contratado, admitindo-se a adoção de índice setorial de reajuste, nos termos do art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993, e em consonância com a Decisão nº 235/2002 e os Acórdãos nºs 34/2004 e 361/2006, todos do Plenário, não se regulando a matéria pelo art. 3º da Resolução CCE 10/1996*", o que contou com a aprovação do Plenário. ***Acórdão nº 2641/2010-Plenário, TC-002.365/2004-3, rel. Min. Augusto Nardes, 06.10.2010.***

Contratação de serviços de duração continuada: 2 – Requisitos para alteração societária do contratado.

Ainda na tomada de contas especial resultante de inspeção realizada na contratação da empresa Gtech Brasil Ltda. pela Caixa Econômica Federal, a qual teve como objeto a operacionalização de serviços lotéricos e não lotéricos prestados pela rede de lojas lotéricas credenciadas pela Caixa em todo o país, duas das irregularidades versaram sobre as mudanças societárias pelas quais passou a empresa originalmente contratada, a Racimec Informática Brasileira S. A., "*cujo controle teria passado para a empresa Gtech Brasil Holdings, subsidiária da empresa norte-americana Gtech Corporation, configurando incorporação da empresa contratada*". A unidade técnica entendeu que as mudanças societárias atenderam aos requisitos do Acórdão 1.108/2003-Plenário, quais sejam: I) a possibilidade estar prevista no edital e no contrato, nos termos do art. 79, inciso VI, da Lei 8.666/1993; II) serem observados, pela nova empresa, os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei 8.666/1993, originalmente previstos na licitação; e III) serem mantidas as condições definidas no contrato original. Todavia, o relator ressaltou não ser necessário "*que o edital e o contrato expressamente prevejam a possibilidade de alteração societária da contratada para que o contrato subsista à modificação. Se o edital ou contrato não veda a alteração da pessoa da contratada, por fusão, incorporação ou cisão, o contrato pode subsistir se a reestruturação não trouxer qualquer prejuízo à*

sua execução ou aos princípios da administração pública”, em razão do Acórdão 634/2007-Plenário. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão nº 2641/2010-Plenário, TC-002.365/2004-3, rel. Min. Augusto Nardes, 06.10.2010.***

Realização de despesas sem cobertura contratual

Representação formulada ao TCU noticiou supostas irregularidades na contratação de serviços para desenvolvimento dos sistemas Siafi XXI e DocsTN. Uma delas seria a realização de despesas sem cobertura contratual. Ouvido em audiência, um dos responsáveis alegou que, além da curta vigência do contrato, “*sempre teve o cuidado de controlar os serviços contratados para que a execução não ultrapassasse o limite ajustado*” e que “*tomou as providências ao seu alcance no sentido de alertar as autoridades competentes do risco dos serviços virem a ser prestados sem a devida cobertura contratual*”. A unidade técnica, ao examinar as justificativas apresentadas, concluiu restar evidente a ocorrência da irregularidade (despesa sem cobertura contratual), em afronta ao art. 62 da Lei nº 8.666/93. Entretanto, para a unidade técnica, “*pelas alegações e documentos apresentados pelo responsável, percebe-se que não houve má-fé do gestor na condução do assunto, tampouco houve negligência de sua parte, já que, além de ter se empenhado no controle da execução dos serviços contratados, o responsável preveniu as autoridades competentes da possibilidade da irregularidade vir a ser praticada*”. De sua parte, em face das análises, o relator considerou que não restaram comprovadas negligência ou má-fé por parte do responsável, pois o mesmo, na espécie, procedera com a “*diligência esperada, à vista da possibilidade de danos maiores ao interesse público decorrentes da descontinuidade dos serviços contratados*”. Desse modo, ao acolher as justificativas do responsável, votou por que a irregularidade ocorrida fosse relevada, no que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão nº 2673/2010-Plenário, TC-016.620/2008-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 06.10.2010.***

Pagamento antecipado em contratações públicas: somente no caso de expressa previsão no edital e no contrato

Em sede de tomada de contas especial, instaurada pelo Ministério da Integração Nacional, foram apuradas potenciais irregularidades na execução do Convênio 778/1999, o qual transferiu ao Município de Bacabal, no Maranhão, recursos no valor de R$ 300.000,00, em 30/6/2000, com vistas à contenção de encostas por meio da construção de muro de arrimo às margens do Rio Mearim. A esse respeito, o relator registrou que, “*embora o órgão concedente tenha verificado que as obras somente se iniciaram em setembro de 2000, a prefeitura já havia efetuado o saque de R$ 90.000,00 (30% dos recursos) até agosto daquele exercício. Em 22/11/2000, observou-se que 72,44% dos recursos haviam sido sacados, enquanto que apenas 52% da obra haviam sido executados (75m/146m). Posteriormente, em fevereiro de 2001, constatou-se o saque de 100% dos recursos e, em junho de 2001, a consecução de 80% da meta programada (80m/146m*)”, tudo levando à conclusão, portanto, de que, efetivamente, ocorrera pagamento antecipado. No entender do relator, “*de acordo com o art. 38 do Decreto 93.872/86, a efetivação de adiantamento somente pode ser admitida se estabelecidas as devidas garantias e se houver a respectiva previsão no contrato e no edital da licitação. Contudo, observa-se que não há, no contrato e no edital, previsão da possibilidade de adiantamento e de prestação da garantia correspondente*”. Por conseguinte, concluiu que houve infração ao disposto no art. 62 da Lei 4.320/64, ou seja, antecipação indevida dos pagamentos. Propôs, então, por essa e por outras razões, o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, sem prejuízo da aplicação de multa. O Plenário acolheu a proposta formulada. ***Acórdão nº 2679/2010-Plenário, TC-014.091/2005-8, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 06.10.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Parcelamento do objeto: vários processos licitatórios *versus* um processo com vários lotes

Representação formulada por unidade técnica do Tribunal informou a necessidade de se apurar “*possível prática de sobrepreço na contratação de serviços terceirizados pelos órgãos federais de Roraima*”. Nesse quadro, foi determinada pelo relator a realização de inspeção na Seção Judiciária do Estado de Roraima – TRF da 1ª Região, para averiguação de legalidade, economicidade e efetividade da aplicação de recursos federais na contratação de serviços de terceirização de mão de obra, exceto aqueles relativos à prestação de serviços de vigilância e segurança armada/desarmada. A equipe técnica verificou, então, que o órgão possuía apenas um contrato de terceirização, que “*o atendia em relação aos serviços de limpeza, conservação, manutenção de instalações físicas, jardinagem, copeiragem, recepção de portaria e gabinetes, atendimento de consultório e operação de fotocopiadoras*”. Constatou, também, que o “*órgão realizou uma contratação*

conjunta de serviços divisíveis técnica e economicamente, em desacordo com o disposto no art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993", além de outras potenciais irregularidades. Apresentadas justificativas por responsável ouvido em audiência, a unidade técnica considerou que "*a separação de licitações ou adjudicação por itens de serviços de natureza distinta é uma imposição da Lei de n 8.666, de 1993, com jurisprudência uniforme do TCU, e deve ser seguida por todos os agentes públicos, independente da esfera de poder*". Na espécie, ainda para a unidade técnica, mesmo que não tenha havido restrições à competitividade, a junção de vários serviços distintos em uma só contratação inviabilizaria "*a participação de empresas menores que porventura não tenham capacidade para atender a demanda total, mas apenas algumas parcelas*". Quanto à procedimentalização da licitação, a unidade técnica realçou que o cumprimento da legislação de referência "*não requer necessariamente a realização de vários certames licitatórios, como supõe o gestor*", pois seria perfeitamente possível "*realizar apenas uma licitação, bastando que os serviços divisíveis, sob o prisma técnico e econômico, sejam separados por lotes, medida que possibilita a adjudicação de serviços específicos para empresas diferentes, sempre em busca da proposta mais vantajosa para a Administração. A despeito de não ser possível afirmar que houve restrição da competitividade nos moldes adotados pelo TRF/RR, dada a participação de 8 (oito) empresas no certame, é forçoso concluir que a divisão por lotes atende de forma muito mais ampla o princípio da competitividade*". Acolhendo a manifestação da unidade técnica, o relator votou pela expedição de alerta ao TRF da 1ª Região - Seção Judiciária do Estado de Roraima, de modo a evitar ocorrência semelhante em licitações futuras, no que foi acompanhado pelos demais Ministros. ***Acórdão n.º 6594/2009-1ª Câmara, TC-022.785/2010-8, rel. Min. Valmir Campelo, 05.10.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Contratação de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas: 1 – Impossibilidade de exigir declaração formal da licitante de que dispõe de usina de asfalto, para fim de qualificação técnica

Em representação formulada ao TCU, foram apontadas possíveis irregularidades na Tomada de Preços nº 25/2010, realizada pela Prefeitura Municipal de Cariacica/ES, destinada à contratação de empresa para execução de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas, financiada, em parte, com recursos oriundos de contratos de repasse celebrados com o Ministério das Cidades. Dentre tais irregularidades, constou a "*exigência, como requisito de qualificação técnica, de declaração formal de que dispõe de usina de asfalto com capacidade de produção igual ou superior a 60 toneladas/hora, com licença de operação emitida pelo órgão ambiental competente, em vigor na data de entrega das propostas, a qual deverá estar localizada num raio máximo de 60 km de distância da sede do Município*", a qual motivou a audiência dos responsáveis. Examinadas as justificativas apresentadas, a unidade instrutiva, citando vários precedentes do TCU, concluiu ser indevida a exigência. A respeito da situação, o relator ressaltou a existência de ampla jurisprudência do TCU, no sentido de que se trata de exigência descabida, sendo, por isso, "*motivo suficiente para anulação do certame*", a exemplo do Acórdão 1495/2009 – Plenário, do qual destacou o seguinte excerto do voto condutor da decisão: "*restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declaração de terceiros detentores de usina, ainda mais quando é fixado limite máximo de distância para sua instalação*". (...) "*Não há como buscar amparo na Lei n. 8.666/93 para se exigir dos licitantes a disponibilidade de usina de asfalto, ainda mais com localização prévia, nem, sequer, a exigência de termo de compromisso com usinas de terceiros*". Enfatizou o relator que, "*caso o órgão licitante considere relevantes exigências de comprovação de propriedade de equipamentos, como a usina de asfalto, ou de apresentação de licenças de qualquer natureza, deve fazer tais imposições por ocasião da assinatura do contrato a ser firmado com a proponente vencedora, e não como requisito de habilitação*". Assim, anuindo à proposta da unidade instrutiva, o relator votou pela fixação de prazo à Prefeitura de Cariacica para adotar as providências necessárias com vistas à anulação da Tomada de Preços nº 25/2010, no que contou com a anuência do Colegiado. Precedentes citados: Acórdãos 648/2004, 1578/2005, 1332/2006, 1631/2007, 2656/2007, 983/2008, 1663/2008, 2215/2008, 2150/2008, 1495/2009, 935/2010, 1339/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 5900/2010-2ª Câmara, TC-022.785/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 05.10.2010***.

Contratação de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas: 2 – A possibilidade de os licitantes inabilitados, por não apresentarem índices de qualificação econômico-financeira iguais ou superiores aos exigidos no edital, comprovarem, por outros meios, capacidade de cumprir o futuro

contrato é ato discricionário da Administração Pública

Na mesma representação formulada ao TCU relativa à Tomada de Preços nº 25/2010, procedida pela Prefeitura Municipal de Cariacica/ES, outra possível irregularidade contida no edital foi a previsão da "*inabilitação de licitantes que apresentarem índices de capacidade financeira (Índice de Liquidez Geral - ILG, Índice de Liquidez Corrente - ILC e Índice de Solvência Geral - ISG) inferiores a 1,0 (um), sem lhes oportunizar a possibilidade de comprovarem, por outros meios, como o capital mínimo ou patrimônio líquido, ou, ainda, prestação de garantia, que detêm condições de adimplir com o futuro contrato*". Ao tratar do assunto, a partir das justificativas apresentadas, o relator registrou que a unidade técnica suscitou o "*fato de o ato convocatório não prever a possibilidade de as empresas que apresentarem índices contábeis exigidos aquém dos valores estipulados comprovarem sua capacidade econômico-financeira por outros meios, como o capital mínimo ou patrimônio líquido ou, ainda, prestação de garantia, a fim de se ampliar a competitividade do certame*". Ainda conforme o relator, "*tal possibilidade está prevista no item 7.2 da Instrução Normativa/MARE n. 5, de 21/7/1995, que estabelece os procedimentos destinados à implantação e operacionalização do Sistema de Cadastro Unificado de Serviços Gerais (Sicaf), segundo o qual as empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 em qualquer um dos índices apurados devem comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo no limite previsto na Lei n. 8.666/93, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do artigo 56, § 1º, do referido diploma legal*". Entretanto, "*conforme preveem o artigo 31, § 2º, da Lei n. 8.666/93 e a própria instrução normativa supramencionada, não é obrigatório que a Administração estabeleça no ato convocatório a possibilidade de as licitantes que não apresentarem índices contábeis maiores ou iguais a 1 demonstrarem, para fins de habilitação, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantia. Tal previsão é ato discricionário da Administração*". Assim, concluiu o relator, em seu voto que, "*não se pode exigir do ente municipal que faça constar dos editais de licitação essa possibilidade*". O Colegiado acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 5900/2010-2ª Câmara, TC-022.785/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 05.10.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 12 de outubro (não houve) e 13 de outubro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A simples participação de empresas cujos sócios possuem relação de parentesco não é suficiente para caracterizar fraude à licitação
Representação formulada ao TCU noticiou possíveis irregularidades envolvendo o Pregão Eletrônico n.º 062/7029-2009, promovido pela Caixa Econômica Federal (CEF) no Estado da Bahia, destinado a contratar Call Center pelo período de 24 meses. A representante aludia a possíveis indícios de fraude à licitação perpetrada por empresas participantes do certame, a saber, Grenit Serviços de Telemarketing Ltda. e PCS Serviços de Processamentos de Dados Ltda., consistentes em: a) endereços coincidentes das duas licitantes; b) as sedes das duas empresas estariam situadas na mesma cidade de São Lourenço da Serra/SP; c) o telefone comercial seria o mesmo, nos termos indicados nas propostas comerciais; d) similaridade de dados constantes das propostas das referidas empresas, tais como data e hora de criação do arquivo, modificação, número de revisão etc.; e) similaridade de conteúdo e forma das propostas dessas empresas, mesmo sem a disponibilização de formulário específico em anexo ao edital do certame. Segundo o relator, o mérito do processo consistiria em apreciar se efetivamente os indícios de irregularidades tinham o condão de caracterizar a existência de fraude à licitação, *"apta a desaguar na declaração de inidoneidade para licitar com a administração pública das empresas ouvidas em audiência e a culminar na determinação para a anulação do procedimento"*. Quanto ao primeiro aspecto, concluiu assistir razão ao Ministério Público junto ao TCU, ao aduzir que *"a simples participação de empresas em que os sócios possuam relação de parentesco, ou mesmo de endereço, não se mostrou suficiente a caracterizar fraude à licitação, em especial ante a modalidade licitatória adotada, o pregão eletrônico"*. Haveria, portanto, que se examinar tal situação em conjunto com outras informações. Foi justamente nesse sentido a manifestação do Ministério Público: *"Em primeiro plano, observa-se que a licitação em tela ocorreu na modalidade pregão, na qual o Poder Público não pode de antemão escolher as empresas que irão participar do certame, como ocorre em um simples convite, havendo reduzido espaço para ajustes entre os agentes públicos e as empresas concorrentes. Ressalte-se que, na licitação sob exame, houve a participação efetiva de 13 empresas, tendo sido habilitadas quatro concorrentes para a fase de lances, etapa em que resultou vencedora a empresa ora representante, após disputa acirrada com a empresa Grenit. Ora, nesse cenário, não se vislumbra nenhum movimento concertado das empresas Grenit e PCS com o objetivo de fraudar o certame, tendo sido*

preservado o caráter competitivo da licitação. Assim, não há suporte fático ou jurídico para anular o Pregão Eletrônico nº 062/7029-2009, tampouco para infligir declaração de inidoneidade às empresas licitantes, nos termos aduzidos pela Unidade Técnica. Cumpre reiterar que a empresa ora representante, Politec Tecnologia da Informação S. A., foi a vencedora na etapa de lances e apenas não lhe foi adjudicado o objeto porque se constatou posteriormente que o prédio que indicou para abrigar o Call Center não atendia aos requisitos exigidos no edital do certame.”. Não obstante concordar com o representante do *Parquet* especializado, o relator ressaltou não ter como considerar afastada a ocorrência de situação que, a seu ver, maculava a idoneidade do certame. Referiu-se ao fato de que, embora as circunstâncias objetivas de identidade de sócios, endereços e compartilhamento de instalações e as demais circunstâncias que envolviam o caso não fossem suficientes, por si sós, para ter por confirmada a existência de fraude, seriam suficientemente indicadoras de que *“houve a quebra de sigilo das propostas”*. Nos termos do voto do relator, decidiu o Plenário fixar prazo à CEF para adotar as providências necessárias à anulação do aludido pregão eletrônico, sem prejuízo de expedir-lhe alerta no sentido de que *“a continuidade de procedimentos licitatórios nos quais se identifique violação ao sigilo das propostas entre os concorrentes viola os princípios que norteiam a Administração Pública Federal, notadamente os da moralidade e da isonomia entre os licitantes”*. Precedente citado: Acórdão n.º 2136/2006-Primeira Câmara. ***Acórdão n.º 2725/2010-Plenário, TC-009.422/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 13.10.2010***.

O parecer jurídico, mesmo aquele de caráter eminentemente opinativo, pode ensejar a responsabilização do agente que, injustificadamente, descuidou do seu dever de bem opinar e orientar

Por intermédio do Acórdão n.º 1.898/2010-Plenário, o Tribunal aplicou multa ao ex-Procurador Geral do Estado de Tocantins e à ex-Coordenadora da Procuradoria Administrativa, responsáveis pela emissão de parecer que fundamentou a celebração de contrato com objeto excessivamente amplo, destinado a suportar diversas outras subcontratações, frustrando a aplicação do princípio licitatório. Contra o aludido **decisum**, os responsáveis opuseram embargos declaratórios, apontando basicamente duas contradições. Por um lado, o **decisum** teria considerado que o parecer que respaldou dispensa de licitação considerada irregular possuía, a um só tempo, natureza opinativa e vinculante. Por outro lado, o acórdão teria erroneamente atribuído caráter vinculativo ao parecer pelo simples fato de ele ser obrigatório, uma vez que a Lei n.º 8.666/93 obriga a submissão das minutas de editais e contratos ao setor jurídico do órgão ou entidade interessado (art. 38, parágrafo único). No entanto, de acordo com o relator, a simples leitura do voto condutor do acórdão embargado demonstrava claramente que nenhuma dessas linhas de entendimento fora adotada como razões de decidir. Em nenhum momento, afirmou o relator, teria sido dito que o parecer prévio a que se refere o referido dispositivo legal *“possui caráter vinculante da autoridade administrativa requisitante e, muito menos, que esse caráter advinha da simples previsão legal”*. Diferentemente, o que houve foi o *“reconhecimento da força lógica da tese segundo a qual o gestor não está obrigado a observar as orientações emanadas de parecer meramente opinativo, arcando com a maior parte da responsabilidade, senão toda, advinda da eventual prática de ato contrário à legislação”*. Para o relator, no entanto, o simples fato de o parecer ser reconhecidamente de caráter opinativo não tem o condão de liberar automaticamente seus autores de toda e qualquer responsabilidade. Restaria, ainda, a responsabilidade pela produção da própria peça opinativa, *“que não pode dissociar-se dos objetivos que a lei para ela estabelece”*. Ao não alertar o gestor para as manifestas ilegalidades implícitas na contratação pretendida, *“o parecer deixa de cumprir a função precípua que lhe reserva a lei”*, atraindo inevitavelmente a responsabilidade dos seus autores, salvo o erro de avaliação ou a omissão escusáveis, excludentes reputados, pelo relator, inexistentes no caso. Concretamente, o relator entendeu que a irregularidade da dispensa de licitação pretendida pelo gestor era flagrante e foi expressamente apontada no voto condutor da deliberação embargada. Para ele, *“o dano maior da ilegalidade reside na frontal violação do princípio licitatório, resultando no favorecimento de empresa que não foi submetida à competição licitatória com outras firmas que certamente seriam atraídas pela amplitude da contratação”*. Acolhendo o voto do relator, deliberou o Plenário pela rejeição dos embargos. ***Acórdão n.º 2739/2010-Plenário, TC-019.814/2007-1, rel. Min. Augusto Nardes, 13.10.2010***.

Modernização de central telefônica a custo superior ao de sua substituição: prática de ato de gestão antieconômico

Por meio do Acórdão n.º 3.821/2008-1ª Câmara, ao apreciar as contas de 2006 da Secretaria Executiva do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (SE/Mapa), deliberou o Colegiado por julgar regulares com ressalvas as contas do ex-Coordenador-Geral de Logística e Serviços Gerais e dar-lhe quitação. Contra o aludido **decisum**, o Ministério Público junto ao TCU interpôs recurso de revisão, motivado por possíveis

irregularidades apontadas em representação acerca do Pregão Presencial n.º 52/2006 do Mapa, cujo objeto – a contratação de expansão e atualização de central privada de comutação telefônica da marca Nortel – foi adjudicado à única licitante presente. Consoante análise empreendida na aludida representação, a opção pela expansão da central telefônica, em detrimento de sua substituição, teria caracterizado ato de gestão antieconômico, de responsabilidade do então Coordenador-Geral de Logística e Serviços Gerais, já que a aquisição de nova central poderia gerar economia aos cofres públicos, em razão da competição entre fabricantes de outras marcas. Tal conclusão fora obtida a partir de duas cotações de mercado para compra de uma central com características similares à da central expandida e atualizada do Mapa. Constatou-se que, ainda que não houvesse indícios de sobrepreço nos equipamentos e serviços adquiridos pelo Mapa, o custo da aquisição de uma nova central seria cerca de 50% inferior aos valores despendidos com a opção adotada. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, decidiu o Plenário dar provimento ao recurso para tornar insubsistente o Acórdão n.º 3.821/2008-1ª Câmara em relação ao ex-Coordenador-Geral de Logística e Serviços Gerais da SE/Mapa e, em conseqüência, julgar irregulares as suas contas, sem prejuízo da aplicação de multa. ***Acórdão n.º 2727/2010-Plenário, TC-018.643/2007-8, rel. Min. Aroldo Cedraz, 13.10.2010***.

Pregão para serviços de coleta seletiva conteinerizada, reciclagem, compostagem, transbordo, transporte e destinação final de resíduos

Representação oferecida ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência Pública n.º 06/2010, promovida pela Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), tendo como objeto a prestação de serviços de coleta seletiva conteinerizada, reciclagem, compostagem, transbordo, transporte e destinação final de resíduos provenientes das áreas de operação e comercialização de produtos situados dentro do Entreposto Terminal de São Paulo. Instada a se manifestar quanto à não adoção da modalidade pregão, a Ceagesp argumentou que os serviços não seriam de natureza comum, envolvendo o objeto licitado a execução de obras, a produção de adubos e a coleta seletiva de milhares de toneladas de lixo, os quais demandariam expertise por parte da empresa contratada e de seus profissionais. Acrescentou, ainda, que a responsabilidade técnica pela execução dos serviços – incluindo a responsabilidade sanitária, ambiental, ecológica e civil – é de fundamental importância, cuja negligência traria o risco de comprometer os avanços ambientais, ecológicos e sanitários que a companhia teria alcançado nos últimos anos. Por essas razões, a Ceagesp considerou inadequada a modalidade pregão para a contratação dos serviços pretendidos. Para o relator, os argumentos oferecidos não eram suficientes para descaracterizar o fato de que o objeto do certame *"trata-se de serviço de natureza comum, a ser licitado mediante pregão, de acordo com a jurisprudência desta Corte"*. Bastaria mencionar que, como o critério de classificação era o menor preço, o simples fato de a modalidade ser concorrência *"não garante que será selecionada empresa capaz de executar o serviço. Necessário sim que os critérios de habilitação sejam bem delineados, independentemente da modalidade de licitação empregada"*. Acolhendo o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de determinar à Ceagesp a anulação da Concorrência Pública n.º 06/2010. ***Acórdão n.º 2749/2010-Plenário, TC-017.914/2010-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 13.10.2010***.

Desclassificação de proposta de licitante com base em critério não disposto claramente no edital

Representação formulada ao TCU indicou possível descumprimento da Lei n.º 8.666/93 na desclassificação da proposta de preços da representante, apresentada na Concorrência n.º 67/2010-012, promovida pela Superintendência Regional do Dnit em Goiás e no Distrito Federal (SR-GO/DF), destinada à contratação de empresa para execução de serviços de recuperação e manutenção da rodovia BR 450/DF. Considerando que os motivos relevantes para a desclassificação das propostas teriam sido indicados expressamente no item 17.1 do edital, o relator considerou indevida a desclassificação da representante, cujo preço ofertado foi o menor na licitação, uma vez que fora utilizado parâmetro constante do item de observações da planilha de preços, o qual, em letras pequenas, dispunha que *"os valores somados dos itens MANUTENÇÃO/CONSERVAÇÃO deverão representar, do valor do total do contrato, um mínimo de 26,68%"*. Tendo a representante apresentado planilha com *"diferença de 0,52% nessa relação mínima"*, procedeu-se à sua desclassificação. Segundo o relator, tal modo de proceder não lhe pareceu razoável nem consentâneo com o objetivo maior da licitação lançada pelo Dnit, qual seja, a busca pela proposta mais vantajosa. Com efeito, *"as regras do processo licitatório devem se constituir meios para o alcance dos objetivos almejados com o certame e não um fim em si mesmo"*. Nesse sentido, embora louvável a preocupação de se evitar o faturamento extremamente elevado no início do contrato, com *"riscos à futura inexecução completa"*, o critério de julgamento, da maneira como explicitado no edital, *"não poderia servir, de pronto, à desclassificação da licitante"*. O relator também chamou a atenção para o fato de que o item

17.4 do edital dispunha que *"as propostas que atenderem em sua essência aos requisitos do edital serão verificadas quanto aos erros ali listados, os quais serão corrigidos pelo Dnit"*. Nesse item, as normas editalícias se referiam, inclusive, a erros quanto ao consumo de materiais, *"o que parece ser mais relevante, inclusive, que a pequena discrepância na proximidade do percentual de relação entre os itens da proposta (manutenção/conservação em relação ao total do contrato). Ora, a diferença apontada no percentual indicado no item de observações, por ser tão pequena (0,52%), e por não constar expressamente no item 17 do Edital, com maior justificativa, poderia ter sido considerada como mero erro sanável por ajuste do próprio Dnit"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar à SR-GO/DF a adoção das *"providências necessárias ao exato cumprimento da Lei 8.666/1993 e dos princípios da economicidade, razoabilidade e busca da proposta mais vantajosa na licitação, no sentido de tornar nulo o ato administrativo que desclassificou a proposta da empresa JM Terraplanagem e Construções Ltda. na Concorrência 67/2010-12"*. Além disso, deliberou o Pleno no sentido de alertar a SR-GO/DF quanto à necessidade de que: a) *"os critérios de desclassificação de propostas dos licitantes sejam clara e objetivamente definidos no edital, conferindo-se a eles o devido destaque em face da importância atribuída aos critérios de julgamento, nos termos do art. 40, inciso VII, da Lei 8.666/1993"*; b) *"no julgamento das propostas, sejam observados os critérios estabelecidos no edital conjuntamente aos princípios que regem o procedimento licitatório e os processos administrativos em geral, sem descuidar do objetivo maior da licitação, que consiste na busca da proposta mais vantajosa para a Administração respeitados os parâmetros que tragam tratamento isonômico aos licitantes"*. ***Acórdão n.º 2761/2010-Plenário, TC-022.573/2010-0, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 13.10.2010.***

Formalidades exigidas para adesões a atas de registro de preços
A adesão a ata de registro de preços não prescinde da caracterização do objeto a ser adquirido, das justificativas contendo o diagnóstico da necessidade da aquisição e da adequação do objeto aos interesses da Administração, da pesquisa de preço com vistas a verificar a compatibilidade dos valores dos referidos bens com os preços de mercado e do cumprimento ao limite imposto pelo art. 8º, § 3º, do Decreto n.º 3.931/2001, segundo o qual é proibida a compra de quantidade superior à registrada na ata. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação autuada com base em informação da Ouvidoria do TCU, versando sobre supostas irregularidades ocorridas no Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (TRT/22ª Região). Realizada inspeção no órgão, a unidade técnica analisou uma série de processos em que veículos foram adquiridos utilizando-se ata de registro de preços de outro órgão. Após aprofundado exame, sobressaíram as seguintes impropriedades: 1ª) ausência de formalização de termo de caracterização do objeto, previamente à contratação; 2ª) ausência de justificativa contendo o diagnóstico da necessidade da aquisição e da adequação do objeto aos interesses da Administração; 3ª) descumprimento do § 1º do art. 15 da Lei n.º 8.666/1993, que prevê a obrigação de ampla pesquisa de mercado previamente às aquisições mediante registro de preços; 4ª) desobediência ao § 3º do art. 8º Decreto n.º 3.931/2001, que limita o quantitativo a ser adquirido em 100% daquele registrado na ata de registro de preços, tendo sido comprados quatro veículos quando a cotação realizada pelo órgão responsável pela licitação foi referente a apenas três. Uma vez confirmadas tais irregularidades, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao TRT/22ª Região para futuras contratações por meio de adesões a atas de registro de preços. ***Acórdão n.º 2764/2010-Plenário, TC-026.542/2006-1, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 13.10.2010***.

INOVAÇÃO LEGISLATIVA
PERÍODO DE 11 A 17 DE OUTUBRO

Instrução Normativa SLTI/MP n.º 02, de 11 de outubro de 2010
Estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF no âmbito dos órgãos e entidades do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Responsável pelo Informativo:
Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 19 e 20 de outubro de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A elaboração de projeto básico de baixa complexidade não permite que se exija da licitante, a título de qualificação técnica, profissionais de engenharia pós-graduados

Mediante pedidos de reexame, responsáveis questionaram sanções que lhes foram aplicadas em processo de representação envolvendo irregularidades na construção do Conjunto Habitacional da Vila do Mucujá, em Macapá/AP. Dentre as irregularidades suscitadas, foram apontadas exigências impertinentes no instrumento convocatório relativo à elaboração do projeto básico da obra, tais como, no que se refere à qualificação técnica, a necessidade de a licitante possuir em seus quadros, há pelo menos 1 (um) ano, engenheiro com mestrado em qualquer área e engenheiro com pós-graduação em "*Controle da Poluição Ambiental*", cumulativamente. Ao examinar a matéria, o relator dos recursos concordou com as análises do relator **a quo**, no sentido de que "*não é justificável exigir formação além do curso de graduação apropriado com vistas à elaboração do projeto básico de um conjunto habitacional de extrema simplicidade, pois, em princípio, qualquer profissional da área, possuidor de atestado, está capacitado para tanto; segundo, não é correto exigir que o profissional tenha algum tempo de serviço mínimo na empresa licitante; terceiro, não é cabível exigir predicados ou habilitações que não fazem falta ou são dispensáveis para a realização do trabalho*". Para ele, "*as atribuições conferidas a um engenheiro civil bacharelado e inscrito no conselho profissional lhe bastam e lhe garantem o poder para traçar um projeto básico integrado de blocos de apartamentos, sistema de abastecimento de água e saneamento, ruas pavimentadas e outras obras de infraestrutura. Demandar pós-graduação para isso é como inserir um obstáculo ao exercício da profissão*". Assim, votou por que se negasse provimento aos pedidos de reexame interpostos, no que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 2788/2010-Plenário, TC-009.808/2008-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.10.2010***.

Contratação de serviços: 1 - Para fim de repactuação, a pesquisa de preços deve ser feita nas mesmas condições em que se deu a contratação

Em sede de tomada de contas especial, foram apuradas possíveis irregularidades em licitações e contratos no âmbito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que tinham por objeto a prestação de serviços

de transporte de cargas. Uma dessas irregularidades teria resultado em pagamentos indevidos à empresa contratada. Na espécie, a cláusula sexta da minuta de contrato anexa ao edital do Pregão 44/2001 previa a possibilidade de repactuação de preços, anualmente, mediante negociação, tendo por parâmetros a qualidade da prestação dos serviços e os preços vigentes no mercado, ocasião em que se deveria observar, como limitador, a manutenção da relação existente entre preços pactuados e preços de mercado quando da apresentação da proposta de origem. Em seu voto, o relator destacou que, "*para que fosse possível estabelecer a relação entre os preços pactuados e os preços de mercado, os Correios teriam que proceder a pesquisa de preços junto ao mercado, com amplitude suficiente, previamente ao procedimento licitatório e por ocasião da solicitação de repactuação*". Todavia, para o relator, não foi isso o que se verificou, pois a ECT, "*antes da licitação, realizou pesquisa junto às transportadoras. Por ocasião das repactuações, mudou a metodologia e pesquisou junto a agenciadores de carga de carreteiros autônomos, com a justificativa de que as transportadoras poderiam fornecer preços superiores aos efetivamente praticados no mercado. Incrementou o preço obtido em 30%, para reconhecer parte dos custos de responsabilidade das transportadoras sobre os valores subcontratados junto a carreteiros autônomos*". Segundo o relator, "*além de encerrar clara inconsistência lógica, o procedimento adotado não assegurou a manutenção das condições inicialmente pactuadas".* Diante dos fatos, a despeito de entender descaracterizado o débito, o relator votou pela aplicação de multa aos responsáveis, o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2787/2010-Plenário, TC-019.141/2006-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.10.2010***.

Contratação de serviços: 2 - Após a fase de lances no pregão, é necessário que a empresa vencedora atualize sua proposta, em razão da modificação dos preços

Ainda na tomada de contas especial envolvendo possíveis irregularidades em licitações e contratos no âmbito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, foi objeto de apuração a ausência, no processo do Pregão 044/2001, das planilhas de custos atualizadas, contrariando norma legal e impedindo a confrontação com solicitações posteriores de reequilíbrio econômico-financeiro. Analisadas as justificativas dos responsáveis, a unidade instrutiva concluiu que "*a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, com base nas planilhas originais (desatualizadas), comprometeu substancialmente os percentuais de reajuste praticados, pois estes não auferiam com exatidão o valor dos elementos que compunham o custo dos serviços prestados, bem como de sua participação no custo total*". Em seu voto, o relator ressaltou que "*não há como acolher a alegação de que o Decreto 3.555/2000 não exige planilhas atualizadas, mas tão somente 'planilhas de custos' (art. 21, III), haja vista a inutilidade de planilhas sem a real composição de custos*". Ainda para o relator, após a rodada de lances no pregão, seria necessário que a empresa vencedora atualizasse sua proposta, em razão da modificação dos preços. Para ele, "*a ausência das planilhas 'ajustadas' prejudica o exame de eventuais solicitações de reequilíbrio econômico financeiro, bem como aferir a economicidade de repactuações*". Além do mais, "*a própria Ata de Reunião de Licitação prescrevia aos licitantes que tivessem seus preços modificados em função de lances a obrigação de 'enviar planilhas dos respectivos custos ajustadas conforme preços adjudicados', indicando que os responsáveis pela condução do pregão tinham consciência de que deveriam exigir as planilhas ajustadas*". Assim, em consonância com as análises empreendidas pela unidade técnica, o relator votou pela rejeição das justificativas dos responsáveis e pela aplicação de multa, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 2787/2010-Plenário, TC-019.141/2006-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.10.2010***.

Opção pelo Simples Nacional: 1 - A condição de optante não impede a empresa de participar de licitação cujo objeto envolva cessão de mão de obra

Representação formulada ao Tribunal noticiou possíveis irregularidades no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem, com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a Administração Central da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – Brasília/DF. A representante intentou o expediente perante o TCU em razão, basicamente, de decisão da pregoeira da ECT, que, a partir de recurso administrativo de outra licitante, reformou sua decisão inicial, na qual havia declarado vencedora do certame a representante. Em razão do recurso, a pregoeira entendeu ser devida a inabilitação da representante. Ao examinar a matéria, o relator destacou que o deslinde da questão envolvia a análise da possibilidade de participação de empresa optante pelo Simples Nacional em licitações de cessão e locação de mão de obra, ante a vedação expressa contida no art. 17 da Lei Complementar 123, de 2006 – LC 123/2006, que estabelece tal regime diferenciado de tributação. Inicialmente, destacou o relator que os serviços licitados, copeiragem, estariam enquadrados na referida vedação e, portanto, não poderia a representante desfrutar dos benefícios do regime de tributação do

Simples. No entanto, isso "*não constitui óbice à participação em licitação pública, pois, consoante destacou a unidade técnica, a Lei Complementar nº 123/2006 não faz qualquer proibição nesse sentido, tampouco a Lei de Licitações*". Desse modo, "*inexistindo vedação legal, o caminho a ser trilhado por empresa optante pelo Simples Nacional que eventualmente passe a executar serviços para Administração, mas que se enquadre nas hipóteses vedadas pela lei, seria, como sugerido pela unidade técnica, a comunicação, obrigatória, à Receita Federal da situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado, sob pena das sanções previstas na legislação tributária*", providência essa já adotada pela representante em licitação anterior, promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT, na qual se sagrara vencedora. Todavia, considerando os argumentos apresentados pelos responsáveis da ECT, baseados em entendimentos do próprio TCU, o relator deixou de imputar-lhes sanções, votando tão somente pela expedição de determinação à entidade para adoção de providências com vistas à anulação do ato irregular (inabilitação da representante), bem como pela expedição de recomendação corretiva, de que, em licitações futuras, "*faça incluir, nos editais, disposição no sentido de obrigar a contratada a apresentar cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo Simples Nacional) à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006*". O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010***.

Opção pelo Simples Nacional: 2 - Nas licitações cujo objeto envolva cessão de mão de obra, a empresa optante será excluída de tal regime a partir do mês subsequente ao da contratação

Ainda na representação oferecida ao Tribunal noticiando possíveis irregularidades no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem, com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a Administração Central da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – Brasília/DF, outra questão fundamental seria a data de início dos efeitos da exclusão do regime do Simples Nacional. Para o relator, com base nos arts. 28, 29 e 30 da LC 123/2006, são duas as formas pelas quais se materializa a exclusão do Simples Nacional, com consequências distintas, conforme explicitado pela unidade técnica: "*no caso de opção pela exclusão, a data de vigência dos efeitos se dá a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente. Já no caso de incidência das vedações, a empresa é excluída a partir do mês seguinte à ocorrência da situação impeditiva*". Na espécie, a representante "*solicitou sua exclusão do Simples Nacional via 'opção', o que, consequentemente, só gera efeitos a partir de 31/12/2010, permanecendo a empresa até lá no regime diferenciado, não obstante já tenha incorrido na vedação prevista na lei desde o momento em que começou a prestar serviços para o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*". Contudo, para o relator, a situação não constituiria "*motivo para penalizar a empresa, tolhendo-a de participar ou contratar com a Administração*". O que ocorrera, no caso concreto, foi o equívoco quanto ao enquadramento da exclusão da representante, que não deveria ter sido por "opção", com efeitos a partir de 1º janeiro do ano-calendário subsequente (2011, no caso), mas sim pelo fato de ela incidir em vedação desde 1º de julho de 2010, data de assinatura do contrato com o MPDFT. Todavia, para o relator, a despeito do erro de enquadramento, a representante, na licitação examinada, não contou com privilégios tributários, conforme declarado pela própria ECT, uma vez que na sua proposta não fora utilizada a tributação pelo regime do Simples Nacional. Assim sendo, votou pela expedição de recomendação corretiva à entidade, de que, em licitações futuras, "*faça incluir, nos editais, disposição no sentido de que a licitante, optante pelo Simples Nacional, que venha a ser contratada, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação, em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, o art. 30, inciso II, e o art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123*". O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010***.

Cláusula contratual que autoriza cessão ou transferência total do objeto viola o art. 72 da Lei 8.666/93

Auditoria realizada no Tribunal Regional do Trabalho 11ª Região/AM – TRT/AM com o objetivo, dentre outros, de examinar licitações e contratos efetuados pelo Tribunal nos exercícios de 2008 e 2009, apontou como achado a existência, em vários contratos, de cláusula prevendo a possibilidade de cessão ou transferência, total ou parcial, do objeto contratado, o que estaria em conflito com o art. 72 da Lei 8.666/1993. Ao examinar a matéria, o relator destacou que o TCU, na Decisão TCU nº 420/2002, firmou o entendimento de que "*é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios*

constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93". Para ele, "*a ação administrativa individualiza o licitante vencedor simples e diretamente porque reconheceu nele e na proposta por ele apresentada a alternativa mais eficiente e vantajosa*". Desse modo, a possibilidade de sub-rogação "*substitui o juízo da Administração, único e soberano, formado durante e por meio do procedimento licitatório - pelo juízo do licitante vencedor, o qual, por ato próprio, escolhe - agora sem qualquer critério e sem empecilhos - terceiro para executar o objeto a ele adjudicado e responder pelas obrigações e direitos previstos no contrato administrativo, passando a assumir a posição de contratado*". Mesmo a subcontratação, de acordo com o relator, tem que ser vista como exceção, uma vez que a medida deve "*ser adotada unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato, desde que, é claro, não atente contra os princípios constitucionais inerentes ao processo licitatório*". Caso a subcontratação tivesse sido admitida pela Administração no edital dos certames, deveria ocorrer apenas com relação a parte do objeto contratado originariamente, nunca envolvendo a sua integralidade. Assim, ao concluir que a cláusula contratual que permite a cessão ou transferência total fere o art. 72 da Lei 8.666/93, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao TRT/AM. ***Acórdão n.º 2813/2010-Plenário, TC-018.220/2009-8, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 20.10.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 26 e 27 de outubro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Variação cambial como fato gerador da concessão de reequilíbrio econômico-financeiro
Em sede de tomada de contas especial, foi promovida a citação de empregados e dirigentes da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, bem como das empresas integrantes do Consórcio Alpha, em razão de débito resultante da concessão indevida de reequilíbrio econômico-financeiro, mediante termo aditivo ao Contrato n.º 11.346/2002. Após a análise das alegações de defesa oferecidas ao TCU, as instruções técnicas foram unânimes em reconhecer a ausência, na espécie, dos pressupostos necessários à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro. De acordo com o Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU), *"o Consórcio dispunha de pelo menos duas medidas para melhor gerir o risco inerente a sua atividade, quais sejam: a contratação de operação de hedge com vistas à proteção contra a variação cambial e a manutenção de estoque suficiente para se proteger de variações bruscas nos preços dos insumos. A despeito disso, optou por não se valer desses mecanismos para não incorrer em 'prejuízos insuportáveis'. Portanto, para não arcar com os inevitáveis custos das medidas de proteção contra a variação cambial, que comprometeriam a oferta de preços competitivos na licitação, a empresa decidiu assumir o risco de fornecer equipamentos à ECT cujos custos não estariam protegidos frente a variações cambiais. [...] por se tratar de uma decisão que somente a ela competia, sem nenhuma expectativa de ingerência da Administração Pública, revela-se totalmente desarrazoada a intenção do Consórcio em atribuir à ECT a obrigação de compensá-la por prejuízos manifestamente decorrentes de sua política de gerenciamento de riscos inerentes ao seu negócio."*. Em seu voto, o relator considerou pertinente a manifestação do MP/TCU, para o qual o débito deveria ser imputado ao ex-Diretor de Administração e às empresas integrantes do Consórcio Alpha, beneficiárias da irregular majoração dos preços. Para o relator, a mera variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos. Segundo ele, a variação diária dos índices *"não autoriza pleitos de recomposição de preços, dada a sua ampla previsibilidade. Caso contrário, no regime de câmbio flutuante, todos os processos em que houvesse variação positiva poderiam ensejar solicitações de recomposição de preços, o que não ocorre"*. Na espécie, a redução dos preços dos equipamentos – adquiridos por meio do 2º Termo Aditivo – em relação aos originalmente contratados e a não utilização dos instrumentos de proteção contra variações cambiais, amplamente oferecidas por todas as instituições do mercado, evidenciavam que a variação cambial não

influenciou os custos dos equipamentos de informática, objeto do contrato, consistindo a variação em risco próprio do negócio. Ausentes os pressupostos necessários à concessão do reequilíbrio, os pagamentos efetuados a esse título *"constituem dano a ser ressarcido à ECT"*. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas do ex-Diretor de Administração, imputando-lhe débito solidário com as empresas integrantes do Consórcio Alpha e multa. ***Acórdão n.º 2837/2010-Plenário, TC-018.016/2005-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010***.

Pregão destinado à outorga de concessão de uso de área comercial em aeroporto
A decisão da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – Infraero, ao estabelecer o pregão para a licitação de concessões de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros, encontra respaldo na legislação e atende plenamente ao interesse público. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação formulada ao TCU em razão de possíveis irregularidades perpetradas pela Infraero no âmbito do Pregão Presencial n.º 030/GRAD-3-SBGR/2010, tendo por objeto a concessão de uso de área destinada à *"instalação e exploração comercial de chocolateria de rede de lojas exclusivas no segmento de chocolateria, a ser localizada no piso superior do Terminal de Passageiros n.º 2, do Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro"*. A representante alegou, em síntese, não haver previsão legal para a licitação de concessão de espaço público por meio de pregão, devendo, para tanto, ser aplicada a Lei n.º 8.987/95 – dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos –, adotando-se, portanto, a modalidade de concorrência pública. De acordo com o relator, a utilização do pregão atende perfeitamente aos objetivos da Infraero, possibilitando decisões em que se preservam a isonomia de todos os interessados e os interesses da Administração na obtenção da melhor proposta. Segundo ele, o Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, aprovado pela Portaria Normativa n.º 935/2009, do Ministério da Defesa, trouxe adequada modificação nos procedimentos até então adotados pela Infraero, passando a prever a possibilidade de utilização do pregão nos casos em que a concessão de uso de área não demandar investimentos em benfeitorias permanentes (art. 31, § 13). No caso concreto, a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta, *"não constitui utilização de critério de julgamento não previsto por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da Administração"*. O relator considerou incabível, na espécie, a aplicação da Lei n.º 8.987/95, como pretendia a representante, uma vez que *"o objeto licitado não é delegação de serviço público, e a hipótese está expressamente prevista no Regulamento de Licitações da Infraero"*. Portanto, sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos licitatórios adotados pela Infraero *"se mostram especialmente louváveis, porque concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros"*. Ao final, o relator ponderou que, *"para a concretização dos imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração, a Infraero deve evoluir dos pregões presenciais, para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados"*. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, deliberou o Plenário pela improcedência da representação. Precedente citado: Acórdão n.º 3042/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 2844/2010-Plenário, TC-011.355/2010-7, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010***.

A participação em licitação reservada a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal dessas categorias, configura fraude ao certame
Em processo instaurado para apurar possíveis irregularidades praticadas por empresas que supostamente teriam participado, de forma indevida, de licitações públicas, a empresa Premier Produtos Alimentícios Ltda. foi instada a se manifestar quanto ao fato de ter vencido, em 2008, licitações destinadas exclusivamente a ME e EPP, sendo que seu faturamento bruto no ano anterior ao dos certames havia extrapolado os limites legais fixados para o respectivo enquadramento. Segundo a unidade técnica, caberia à empresa dirigir-se à competente Junta Comercial para declarar seu desenquadramento da condição de EPP, isso porque, no exercício de 2007, ela extrapolara o faturamento de R$ 2.400.000,00. Em seu voto, o relator ressaltou que, ao não adotar tal conduta, a empresa descumprira o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar n.º 123/2006, o art. 11 do Decreto n.º 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio n.º 103/2007, beneficiando-se de sua própria omissão. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de declarar, *"com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Premier Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ*

01.392.601/0001-50) para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de seis meses". Precedentes citados: Acórdãos n.[os] 1028/2010, 1972/2010 e 2578/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2846/2010-Plenário, TC-008. 552/2010-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010***.

Contratação de serviços de consultoria mediante inexigibilidade de licitação
Denúncia formulada ao TCU apontou indícios de irregularidades no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Confea e na Mútua – Caixa de Assistência dos Profissionais do Crea. A unidade técnica promoveu audiência do Presidente e da Advogada da Mútua acerca da contratação de empresa de consultoria por inexigibilidade de licitação fundamentada no art. 25, II, c/c o art. 13 da Lei n.º 8.666/93, tendo em vista que os serviços contratados, envolvendo a reestruturação organizacional da Mútua, *"não detêm características próprias que permitam concluir pela sua natureza singular"*. As razões de justificativa apresentadas foram, em síntese, as seguintes: a) a estruturação de uma empresa não poderia ser entregue a qualquer profissional do ramo, sendo necessário o conhecimento dos trabalhos já desenvolvidos e os frutos gerados; b) a empresa possuía experiência na área administrativa e conhecia as peculiaridades do sistema Confea – Mútua; c) a escolha da empresa não foi realizada com o intuito de limitar a competitividade, mas assegurar que a reestruturação seguisse, pormenorizadamente, as determinações do Confea; d) o objeto do contrato tornava-se singular em razão da necessidade de se ter uma empresa que conhecesse a estrutura do Confea e pudesse adequar *pari passo* a reestruturação da entidade; e) se a Mútua optasse por contratar qualquer profissional especializado na área, correria o risco de contratar um serviço que, depois de concluído, não atingiria o objetivo esperado, e uma nova contratação com o mesmo objeto seria demasiadamente onerosa à instituição. No entanto, para a unidade técnica, a empresa fora contratada para *"execução de um serviço comum (reestruturação organizacional da Mútua), que poderia ser desenvolvido, sem maiores problemas, por diversas empresas do setor. A Mútua cometeu irregularidade quando optou pela contratação da empresa amparada na inexigibilidade de licitação, com o argumento de que os trabalhos eram de natureza singular. Entendemos que o fato de o profissional ou empresa possuir reconhecida expertise em determinado ramo do conhecimento não implica em desconsiderar a possibilidade de que outros concorrentes possam atuar com o mesmo nível de excelência e profissionalismo. Da mesma forma, o fato de determinado profissional possuir reconhecida experiência técnica não torna todos os seus trabalhos necessariamente singulares."*. Não obstante, a unidade técnica considerou presentes, na espécie, circunstâncias objetivas que atenuariam a gravidade da falta cometida. Conquanto não fosse singular o serviço, *"o fato é que se tratava de questão de grande relevância para a Mútua, pois referente à sua reestruturação organizacional e, por consequência, com reflexos profundos e duradouros no próprio desempenho da instituição no futuro. [...] Por outro lado, o custo da contratação foi relativamente baixo e consentâneo com o praticado no mercado."*. Ao manifestar concordância com a análise da unidade técnica, o relator ressaltou que, de fato, as circunstâncias que envolveram o caso concreto, quais sejam, a grande relevância da matéria para a entidade, os cuidados adotados para a escolha da empresa e o custo da contratação, perfeitamente consentâneo com os preços praticados no mercado, atenuaram a gravidade da falha, afastando a hipótese de aplicação de multa. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis. ***Acórdão n.º 2886/2010-Plenário, TC-023.360/2008-1, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 27.10.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Contrato emergencial resultante de falha de planejamento: responsabilidade do parecerista jurídico e da autoridade que decide sobre a oportunidade e a conveniência da contratação
Ao examinar a prestação de contas da Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU, relativa ao exercício de 2004, a unidade técnica identificou possíveis irregularidades envolvendo treze contrações diretas, celebradas com fundamento no art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93. O expediente da dispensa de licitação teria sido utilizado, sucessivamente, em razão de falhas no planejamento, evidenciadas pela não realização, em tempo hábil, de licitações para a substituição de diversos contratos essenciais ao funcionamento da entidade, dando ensejo à situação emergencial. Instados a se manifestar, o Chefe do Departamento Jurídico e o Superintendente da CBTU/STU-Recife alegaram, em síntese, que a responsabilidade pela deflagração do processo licitatório é do gestor da área que necessita do serviço. De acordo com a unidade técnica, a competência para adotar as providências necessárias à realização dos processos licitatórios com a devida antecedência, de fato, *"não caberia ao superintendente da CBTU/STU-Recife, já que, nos termos dos [...]*

atos normativos, caberia à unidade interessada planejar as contratações. Entretanto, mediante delegação de competência do diretor-presidente da CBTU, as contratações diretas nas unidades regionais são autorizadas pelo superintendente, cabendo-lhe decidir sobre a oportunidade do pedido. Assim, na condição de autoridade máxima da CBTU/STU-Recife, o então superintendente regional deveria coibir o uso indiscriminado desse expediente." Quanto às razões de justificativa do Chefe do Departamento Jurídico, a unidade técnica concluiu que deveriam elas ser rejeitadas, porquanto ele *"atestou estarem presentes os requisitos necessários para a dispensa de licitação, sem qualquer oposição ou ressalva quanto à [...] contratação emergencial da prestação de serviços, cuja urgência decorreu da falta de planejamento e da desídia do administrador."*. Diferentemente da unidade instrutiva, o relator entendeu não caber a responsabilização do Chefe do Departamento Jurídico, uma vez que as situações apresentadas àquele dirigente justificavam o uso da dispensa de licitação. Ainda que o excessivo número de contratos firmados emergencialmente fosse indicativo de que havia falhas no planejamento da entidade, podendo o parecerista ter alertado sobre o problema, tal omissão *"não é suficientemente grave a ponto de culminar em sua responsabilização pela falha ocorrida"*. O mesmo raciocínio seria válido para o Superintende da CBTU/STU-Recife. Embora lhe coubesse decidir sobre a oportunidade e a conveniência das contrações diretas, *"não há informações nos autos de que teria responsabilidade sobre as falhas de planejamento que acabaram por resultar na contração emergencial com ausência de licitação"*. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, o Colegiado decidiu julgar regulares com ressalva as contas dos agentes públicos arrolados, sem prejuízo de determinar à CBTU que *"inicie os procedimentos licitatórios em tempo hábil para a substituição tempestiva dos contratos vincendos, para evitar contratações emergenciais com dispensa de licitação"*. ***Acórdão n.º 7070/2010-1ª Câmara, TC-013.359/2005-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 26.10.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Celebração de contrato com empresa inscrita no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (Cadin)

Ao apreciar a prestação de contas da Refinaria Alberto Pasqualini S.A. – Refap, relativa ao exercício de 2003, a Segunda Câmara, por intermédio do Acórdão n.º 5.502/2008, julgou regulares com ressalva as contas dos responsáveis e expediu determinações à entidade (item 1.7), dentre elas: *"1.7.3. não contrate com qualquer empresa de um grupo em que haja ente inscrito no Cadin (Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal), mesmo na qualidade de consórcio, nos termos do art. 6º, inciso III, da Lei 10.522/2002;"*. Contra a aludida determinação, a Refap interpôs recurso de reconsideração, alegando *"não existir qualquer norma que impeça que o grupo Petrobras, no qual está incluída a REFAP, contrate empresas inscritas no CADIN"*. Além disso, *"não vislumbra o caráter determinante quanto ao destino da contratação no art. 6º, inciso III da Lei n.º 10.522/2002, pois o texto legal exige a consulta, mas não estabelece o impedimento de contratação com empresas inscritas naquele cadastro. Verifica que se trata de norma restritiva e que, por esta razão, não pode ser interpretada de forma ampliativa."*. Em seu voto, o relator destacou que o art. 6º, III, da Lei n.º 10.522/2002, *"não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa inscrita no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin"*. O relator fez menção, ainda, ao seguinte trecho do voto condutor do Acórdão n.º 390/2004-Plenário: *"A Medida Provisória nº 1.490, de 07/06/1996, assim estabelecia: 'Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao CADIN, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para: [...] III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos. [...] Art. 7º A existência de registro no CADIN há mais de trinta dias constitui fator impeditivo para a celebração de qualquer dos atos previstos no artigo anterior.' Assim, pelo disposto no seu art. 7º, seria vedada a contratação de empresas inscritas no Cadin. O STF, em julgamento de 19/06/1996, concedeu medida liminar suspendendo os efeitos desse art. 7º. Tal ação ainda não foi julgada no mérito. O próprio Poder Executivo, entretanto, quando da edição da MP nº 1863-52, de 26/08/1999, norma que tratava do Cadin, excluiu o referido art. 7º. E a própria Lei nº 10.522/02, oriunda da conversão da medida provisória, também não trouxe esse dispositivo. Dessa forma, não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer*

consequência em relação às contratações a serem realizadas.”. Acolhendo o voto do relator, deliberou o Colegiado no sentido de dar provimento parcial ao recurso para tornar insubsistente o subitem 1.7.3 do Acórdão n.º 5502/2008-2.ª Câmara. ***Acórdão n.º 6246/2010-2ª Câmara, TC-009.487/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 26.10.2010***.

Possibilidade da participação, em certames licitatórios, de entidades sem fins lucrativos
Representação oferecida ao TCU apontou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 2/2010, realizado pelo Museu de Astronomia e Ciências Afins – MAST, tendo como objeto a contratação de empresa especializada na *“prestação de serviços de apoio administrativo, envolvendo o fornecimento de mão-de-obra para os cargos de recepcionista, supervisor, copeira, mensageiro, reprografista e motorista”*. A representante alegou que a licitante vencedora, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador – Abradecont, não poderia ter incluído, em sua proposta de preços, a previsão de lucro, *“já que a mesma é entidade sem fins lucrativos. Ao provisionar valores a título de lucro e também beneficiar-se da isenção do pagamento de impostos, a licitante quebra o princípio da isonomia do certame licitatório”*. A representante também acostou aos autos o Acórdão n.º 5.555/2009-2ª Câmara, por meio do qual fora expedida a seguinte determinação à Fundação Oswaldo Cruz: *“não habilite em seus certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, como o Pregão Eletrônico 90/2009, entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexo de relação entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados, considerando que terceirização de mão-de-obra não se coaduna com a natureza jurídica de tais entes, por se caracterizar como ato de comércio com finalidade econômica;”*. Em sua instrução, a unidade técnica salientou que a questão da participação de associações sem fins lucrativos em certames licitatórios ainda se encontra sob análise no TCU, isso porque o aludido Acórdão n.º 5.555/2009-2ª Câmara foi objeto de pedido de reexame. Em respeito aos princípios da busca da melhor proposta para a administração pública e do caráter competitivo da licitação, o relator entendeu que *“não seria razoável condenar a conduta do pregoeiro que aceitou a participação da Abradecon no Pregão Eletrônico nº 2/2010, até porque não há posicionamento definitivo deste Tribunal que impeça o ingresso de entidades filantrópicas nos certames licitatórios”*. Ao final, o relator propôs e o Colegiado decidiu considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 6235/2010-2ª Câmara, TC-019.632/2010-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 26.10.2010***.

Responsável pelo Informativo:
Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 2 (não houve) e 3 de novembro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A participação de empresa, em processo licitatório, como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), sem possuir os requisitos legais para tanto, pode ensejar a sua declaração de inidoneidade
Em sede de representação, foi apurada a possível participação indevida de empresa em licitações públicas, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos legais necessários para tal caracterização. Em seu voto, com relação à empresa supostamente beneficiada com o enquadramento indevido, o relator ressaltou ter ficado comprovado "*que seu faturamento bruto era superior ao limite estabelecido para o enquadramento como pequena empresa, que a empresa não solicitou à época a alteração de sua condição e, por fim, que participou de procedimento licitatório exclusivo para micros e pequenas empresas, vencendo o certame, beneficiando-se de sua própria omissão*". Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a empresa *"descumpriu o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007"*. Essa omissão possibilitara à empresa *"benefícios indevidos específicos de ME ou EPP e a obtenção, na Junta Comercial, da 'Certidão Simplificada', documento que viabilizou sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP*". Embora tenha considerado grave a omissão da empresa em informar o seu desenquadramento, o relator, em razão da baixa materialidade dos valores envolvidos nas licitações analisadas, entendeu suficiente a expedição de alerta à aludida empresa no sentido de que "*a repetição da infração ensejará a declaração de sua inidoneidade, impossibilitando que contrate com o Poder Público por até 5 anos*", no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2924/2010-Plenário, TC-007.490/2010-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.11.2010***.

Contratação de obra sob o regime de empreitada por preço global: necessidade de que os pagamentos correspondam aos serviços efetivamente executados
Mediante pedidos de reexame, o Consórcio Skanska/Engevix e a Petrobras insurgiram-se contra determinações contidas no Acórdão 93/2009-Plenário. No caso, o citado consórcio fora contratado, sob o regime de empreitada por preço global, para construir uma unidade de produção de propeno no Paraná, envolvendo a execução dos serviços de projeto de detalhamento, fornecimento parcial de bens, construção da infra-estrutura complementar de canteiros de obras, construção, montagem, condicionamento e assistência à

pré-operação, partida, operação e apoio à manutenção para implementação do **on-site** da unidade de propeno no Paraná. De acordo com o contrato firmado, na ocorrência de *"diferença entre as quantidades apuradas (QA) pela contratada durante a execução e as quantidades determinadas (QD) no projeto básico elaborado pela PETROBRAS de mais de 7%, para mais ou para menos, é cabível o ressarcimento por parte da PETROBRAS ou da contratada, conforme o caso, da diferença que exceder esse percentual."*. O Tribunal entendeu que tal cláusula, somada a outras, impunha *"descaracterização do regime de empreitada por preço global, configurando empreitada por preços unitários, em face de o contrato admitir acréscimos decorrentes de ressarcimentos por quantitativos apurados no projeto executivo, os quais não caracterizam eventos supervenientes e imprevistos, e sim apenas inexatidões em relação ao projeto básico, cujos riscos de sua ocorrência já estão embutidos no BDI da contratada"*. Assim, ainda na fase inicial de execução do empreendimento, o Tribunal determinou à Petrobras que *"evite a fixação, em contratos sob o regime de empreitada pelo preço global, de percentuais ou limites cuja extrapolação implique a revisão do preço global do contrato, a exemplo daquele previsto na cláusula 5.1.2.1 do contrato para a Unidade de propeno da Refinaria Getúlio Vargas, destinado a cobrir os riscos de eventuais erros dos quantitativos extraídos do projeto licitado, envidando, ao invés, todos os esforços necessários à obtenção de projetos adequados ao nível de complexidade exigido pelo objeto"*. Ao examinar os recursos, o relator considerou não restar descaracterizado, na espécie, o regime de empreitada por preço global, haja vista que a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2011, em seu art. 127, § 6º, inciso III, declara, expressamente, como aceitáveis, em obras realizadas sob o regime de empreitada por preço global, alterações contratuais de pequena monta, em face de falhas ou omissões do projeto básico. Além disso, para o relator, *"as cláusulas do edital e do contrato estipulavam obrigação de a Petrobrás remunerar o consórcio apenas pelos quantitativos que excedessem as previsões originais e ultrapassem o patamar de 7% (...). Tais condições conferiam aos contratantes a obrigação de tolerar pequenas variações em relação à previsão original"*. Em seu voto, o relator registrou, ainda, a tendência jurisprudencial do Tribunal no sentido de que, mesmo em contratos sob o regime de empreitada por preço global, há necessidade de que os pagamentos correspondam aos serviços efetivamente executados. Ao final, votou pelo provimento dos pedidos de reexame interpostos, de forma a desconstituir a determinação guerreada, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdão nº 2088/2004-Plenário e Acórdão nº 1244/2008-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 2929/2010-Plenário, TC-015.638/2007-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.11.2010***.

Aditivo com inclusão de serviços não previstos originalmente no contrato: necessidade de se comparar a situação inicial com a final para se concluir pela existência, ou não, de débito

Em sede de pedido de reexame, o ex-Diretor Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Acre – DERACRE manifestou seu inconformismo em face de multa que lhe fora aplicada por intermédio do Acórdão 1192/2009-Plenário, prolatado quando da apreciação de relatório de auditoria realizada nas obras de construção de trecho rodoviário na BR-317, no Estado do Acre. Uma das irregularidades que levou à aplicação de multa ao referido agente público fora a sua anuência à inclusão de quatro serviços novos na planilha contratual, por preços superiores aos constantes do Sistema de Custos Rodoviários (SICRO), do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT). Ao examinar a matéria, o relator destacou que, "*quando da inclusão desses serviços, foram incluídos outros quatro, cujos preços eram inferiores aos de referência. Da soma total desses oito novos serviços (R$ 2.322.660,96), resultou preços menores em R$ 85.048,42 ao que resultaria da simples aplicação, a todos esses serviços, dos valores oficiais de referência*". Em seguida, enfatizou que "*tanto a recente jurisprudência do TCU (...) quanto a legislação que rege atualmente a matéria são no sentido de que os aditivos contratuais devem manter as condições financeiras verificadas quando da contratação*". Portanto, "*se a obra possui valores globais em determinada proporção dos valores obtidos dos preços unitários de referência, essa proporção deve ser mantida quando da ocorrência de aditivos contratuais. Busca-se assim evitar o chamado 'jogo de planilha'*". O relator entendeu que "*caberia não uma análise destacada dos serviços novos incluídos no contrato, mas do impacto financeiro do conjunto de alterações decorrentes dos aditivos contratuais, englobando tanto os preços dos novos serviços quanto os preços dos serviços que tiveram os quantitativos alterados*". Comparando a situação inicial com a final, após a inclusão dos novos serviços, o relator concluiu ter agido o gestor de maneira adequada, pois "*os aditivos contratuais como um todo propiciaram a redução de cerca de R$ 670.000,00 no valor contratado. E mais. Quando comparados com os valores de referência oficial (Sicro), o contrato apresentava uma diferença a maior de 8,4% e, após essas alterações contratuais, passou a apresentar uma diferença a maior de 0,21%*". Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu dar provimento ao recurso. Precedentes citados: Acórdãos nºs 296/2004, 1120/2010, 1200/2010 e 2066/2010,

todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2931/2010-Plenário, TC-015.682/2008-0, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.11.2010***.

Contratação de serviços: 1 - A obrigatoriedade da vistoria prévia prejudica a competitividade e a impessoalidade do certame

Denúncia trouxe notícias ao TCU acerca de supostas irregularidades envolvendo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) – Nacional. Informou-se que, na Concorrência nº 08/2010, voltada à contratação de empresa para a prestação de serviços de limpeza e conservação predial da nova sede do Sebrae, empresas teriam sido impedidas de realizar vistoria no local da prestação de serviços. Em procedimento de inspeção, a unidade técnica apurou que "*os termos do edital eram obscuros em relação à efetiva data limite para a realização da vistoria obrigatória, o que alijou algumas empresas da concorrência*". Ainda sobre esse ponto, a unidade instrutiva consignou "*que a obrigatoriedade da vistoria prévia prejudica a competitividade e a impessoalidade do certame, sendo reprovada pela jurisprudência do Tribunal*". Todavia, ponderou que, antes mesmo da apresentação da denúncia, a Concorrência nº 08/2010 já estava encerrada e com o respectivo contrato assinado, o que tornaria inviável a suspensão do certame. Além disso, a declaração de nulidade da licitação, bem como do contrato dela decorrente, certamente traria transtornos à continuidade da prestação dos serviços de limpeza e conservação na nova sede do Sebrae, impondo a contratação emergencial de tais serviços, em face de sua natureza essencial. Assim sendo, a unidade técnica propôs que fosse determinado ao Sebrae que "*abstenha-se de prorrogar o Contrato 286/2010, promovendo tempestivamente nova licitação, em que deverão ser corrigidas as impropriedades apontadas*". A proposta foi acolhida pelo relator e contou com a anuência do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 983/2008 e 2395/2010, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2990/2010-Plenário, TC-027.991/2010-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, 03.11.2010***.

Contratação de serviços: 2 - Serviços de limpeza e conservação predial são comuns

Ainda na denúncia que trouxe notícias ao TCU acerca de supostas irregularidades envolvendo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) – Nacional, a unidade técnica apresentou proposta de recomendação de que, doravante, o Sebrae utilize o pregão, preferencialmente eletrônico, em licitações que tenham por objeto a prestação de serviços de limpeza e conservação predial. Ao examinar a matéria, o relator destacou que "*o objeto do Contrato 286/2010, por ser de natureza comum, ajusta-se à Instrução Normativa do Sebrae aprovada pela Resolução CDN 6/2004, que dispõe, precisamente, sobre o uso do pregão eletrônico para contratação de serviços de natureza comum*", e que, "*conquanto a referida norma não estabeleça que os serviços de conservação e limpeza predial e jardinagem sejam de natureza comum, essa lacuna pode ser preenchida invocando-se, por analogia, o Anexo II do Decreto 3.555/2000, cujo item 17 dispõe expressamente nesse sentido*". Desse modo, votou o relator por se determinar ao Sebrae que a nova licitação para contratação dos serviços de limpeza e conservação predial da sua sede seja procedida "*preferencialmente sob a modalidade de pregão eletrônico*", o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2990/2010-Plenário, TC-027.991/2010-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, 03.11.2010***.

Pregão para serviços de natureza contínua: exigência, para fim de habilitação, de experiência temporal mínima

Representação contra o Pregão Eletrônico n.º 48/2010, promovido pelo TCU com vistas à contratação de serviços contínuos de operação e manutenção predial preventiva e corretiva dos sistemas, equipamentos e instalações do Tribunal, em Brasília/DF, apontou possíveis irregularidades no instrumento convocatório do certame, dentre elas a comprovação, pelos licitantes, de experiência mínima de três anos no mercado do objeto licitado. A unidade técnica responsável pela instrução considerou tal exigência compatível com a magnitude e complexidade do objeto. Em seu voto, o relator destacou que os serviços a serem contratados, por sua natureza contínua, consoante o art. 57 da Lei n.º 8.666/93, poderiam se estender por longo período e, assim, "*a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto*". Desse modo, o "*estipulado prazo de três anos de atuação no mercado (...) é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993*". Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, deliberou o Plenário pela improcedência da representação. ***Acórdão n.º 2939/2010-Plenário, TC-019.549/2010-5, rel. Min. Aroldo Cedraz, 03.11.2010***.

Sessões: 26 e 27 de outubro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Variação cambial como fato gerador da concessão de reequilíbrio econômico-financeiro
Em sede de tomada de contas especial, foi promovida a citação de empregados e dirigentes da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, bem como das empresas integrantes do Consórcio Alpha, em razão de débito resultante da concessão indevida de reequilíbrio econômico-financeiro, mediante termo aditivo ao Contrato n.º 11.346/2002. Após a análise das alegações de defesa oferecidas ao TCU, as instruções técnicas foram unânimes em reconhecer a ausência, na espécie, dos pressupostos necessários à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro. De acordo com o Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU), *"o Consórcio dispunha de pelo menos duas medidas para melhor gerir o risco inerente a sua atividade, quais sejam: a contratação de operação de hedge com vistas à proteção contra a variação cambial e a manutenção de estoque suficiente para se proteger de variações bruscas nos preços dos insumos. A despeito disso, optou por não se valer desses mecanismos para não incorrer em 'prejuízos insuportáveis'. Portanto, para não arcar com os inevitáveis custos das medidas de proteção contra a variação cambial, que comprometeriam a oferta de preços competitivos na licitação, a empresa decidiu assumir o risco de fornecer equipamentos à ECT cujos custos não estariam protegidos frente a variações cambiais. [...] por se tratar de uma decisão que somente a ela competia, sem nenhuma expectativa de ingerência da Administração Pública, revela-se totalmente desarrazoada a intenção do Consórcio em atribuir à ECT a obrigação de compensá-la por prejuízos manifestamente decorrentes de sua política de gerenciamento de riscos inerentes ao seu negócio."*. Em seu voto, o relator considerou pertinente a manifestação do MP/TCU, para o qual o débito deveria ser imputado ao ex-Diretor de Administração e às empresas integrantes do Consórcio Alpha, beneficiárias da irregular majoração dos preços. Para o relator, a mera variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos. Segundo ele, a variação diária dos índices *"não autoriza pleitos de recomposição de preços, dada a sua ampla previsibilidade. Caso contrário, no regime de câmbio flutuante, todos os processos em que houvesse variação positiva poderiam ensejar solicitações de recomposição de preços, o que não ocorre"*. Na espécie, a redução dos preços dos equipamentos – adquiridos por meio do 2º Termo Aditivo – em relação aos originalmente contratados e a não utilização dos instrumentos de proteção contra variações cambiais, amplamente oferecidas por todas as instituições do mercado, evidenciavam que a variação cambial não

influenciou os custos dos equipamentos de informática, objeto do contrato, consistindo a variação em risco próprio do negócio. Ausentes os pressupostos necessários à concessão do reequilíbrio, os pagamentos efetuados a esse título *"constituem dano a ser ressarcido à ECT"*. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas do ex-Diretor de Administração, imputando-lhe débito solidário com as empresas integrantes do Consórcio Alpha e multa. ***Acórdão n.º 2837/2010-Plenário, TC-018.016/2005-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010***.

Pregão destinado à outorga de concessão de uso de área comercial em aeroporto

A decisão da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – Infraero, ao estabelecer o pregão para a licitação de concessões de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros, encontra respaldo na legislação e atende plenamente ao interesse público. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação formulada ao TCU em razão de possíveis irregularidades perpetradas pela Infraero no âmbito do Pregão Presencial n.º 030/GRAD-3-SBGR/2010, tendo por objeto a concessão de uso de área destinada à *"instalação e exploração comercial de chocolateria de rede de lojas exclusivas no segmento de chocolateria, a ser localizada no piso superior do Terminal de Passageiros n.º 2, do Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro"*. A representante alegou, em síntese, não haver previsão legal para a licitação de concessão de espaço público por meio de pregão, devendo, para tanto, ser aplicada a Lei n.º 8.987/95 – dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos –, adotando-se, portanto, a modalidade de concorrência pública. De acordo com o relator, a utilização do pregão atende perfeitamente aos objetivos da Infraero, possibilitando decisões em que se preservam a isonomia de todos os interessados e os interesses da Administração na obtenção da melhor proposta. Segundo ele, o Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, aprovado pela Portaria Normativa n.º 935/2009, do Ministério da Defesa, trouxe adequada modificação nos procedimentos até então adotados pela Infraero, passando a prever a possibilidade de utilização do pregão nos casos em que a concessão de uso de área não demandar investimentos em benfeitorias permanentes (art. 31, § 13). No caso concreto, a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta, *"não constitui utilização de critério de julgamento não previsto por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da Administração"*. O relator considerou incabível, na espécie, a aplicação da Lei n.º 8.987/95, como pretendia a representante, uma vez que *"o objeto licitado não é delegação de serviço público, e a hipótese está expressamente prevista no Regulamento de Licitações da Infraero"*. Portanto, sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos licitatórios adotados pela Infraero *"se mostram especialmente louváveis, porque concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros"*. Ao final, o relator ponderou que, *"para a concretização dos imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração, a Infraero deve evoluir dos pregões presenciais, para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados"*. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, deliberou o Plenário pela improcedência da representação. Precedente citado: Acórdão n.º 3042/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 2844/2010-Plenário, TC-011.355/2010-7, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010***.

A participação em licitação reservada a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal dessas categorias, configura fraude ao certame

Em processo instaurado para apurar possíveis irregularidades praticadas por empresas que supostamente teriam participado, de forma indevida, de licitações públicas, a empresa Premier Produtos Alimentícios Ltda. foi instada a se manifestar quanto ao fato de ter vencido, em 2008, licitações destinadas exclusivamente a ME e EPP, sendo que seu faturamento bruto no ano anterior ao dos certames havia extrapolado os limites legais fixados para o respectivo enquadramento. Segundo a unidade técnica, caberia à empresa dirigir-se à competente Junta Comercial para declarar seu desenquadramento da condição de EPP, isso porque, no exercício de 2007, ela extrapolara o faturamento de R$ 2.400.000,00. Em seu voto, o relator ressaltou que, ao não adotar tal conduta, a empresa descumprira o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar n.º 123/2006, o art. 11 do Decreto n.º 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio n.º 103/2007, beneficiando-se de sua própria omissão. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de declarar, *"com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Premier Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ*

01.392.601/0001-50) para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de seis meses”. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1028/2010, 1972/2010 e 2578/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2846/2010-Plenário, TC-008. 552/2010-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010***.

Contratação de serviços de consultoria mediante inexigibilidade de licitação
Denúncia formulada ao TCU apontou indícios de irregularidades no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Confea e na Mútua – Caixa de Assistência dos Profissionais do Crea. A unidade técnica promoveu audiência do Presidente e da Advogada da Mútua acerca da contratação de empresa de consultoria por inexigibilidade de licitação fundamentada no art. 25, II, c/c o art. 13 da Lei n.º 8.666/93, tendo em vista que os serviços contratados, envolvendo a reestruturação organizacional da Mútua, *“não detêm características próprias que permitam concluir pela sua natureza singular”*. As razões de justificativa apresentadas foram, em síntese, as seguintes: a) a estruturação de uma empresa não poderia ser entregue a qualquer profissional do ramo, sendo necessário o conhecimento dos trabalhos já desenvolvidos e os frutos gerados; b) a empresa possuía experiência na área administrativa e conhecia as peculiaridades do sistema Confea – Mútua; c) a escolha da empresa não foi realizada com o intuito de limitar a competitividade, mas assegurar que a reestruturação seguisse, pormenorizadamente, as determinações do Confea; d) o objeto do contrato tornava-se singular em razão da necessidade de se ter uma empresa que conhecesse a estrutura do Confea e pudesse adequar *pari passo* a reestruturação da entidade; e) se a Mútua optasse por contratar qualquer profissional especializado na área, correria o risco de contratar um serviço que, depois de concluído, não atingiria o objetivo esperado, e uma nova contratação com o mesmo objeto seria demasiadamente onerosa à instituição. No entanto, para a unidade técnica, a empresa fora contratada para *“execução de um serviço comum (reestruturação organizacional da Mútua), que poderia ser desenvolvido, sem maiores problemas, por diversas empresas do setor. A Mútua cometeu irregularidade quando optou pela contratação da empresa amparada na inexigibilidade de licitação, com o argumento de que os trabalhos eram de natureza singular. Entendemos que o fato de o profissional ou empresa possuir reconhecida expertise em determinado ramo do conhecimento não implica em desconsiderar a possibilidade de que outros concorrentes possam atuar com o mesmo nível de excelência e profissionalismo. Da mesma forma, o fato de determinado profissional possuir reconhecida experiência técnica não torna todos os seus trabalhos necessariamente singulares.”*. Não obstante, a unidade técnica considerou presentes, na espécie, circunstâncias objetivas que atenuariam a gravidade da falta cometida. Conquanto não fosse singular o serviço, *“o fato é que se tratava de questão de grande relevância para a Mútua, pois referente à sua reestruturação organizacional e, por consequência, com reflexos profundos e duradouros no próprio desempenho da instituição no futuro. [...] Por outro lado, o custo da contratação foi relativamente baixo e consentâneo com o praticado no mercado.”*. Ao manifestar concordância com a análise da unidade técnica, o relator ressaltou que, de fato, as circunstâncias que envolveram o caso concreto, quais sejam, a grande relevância da matéria para a entidade, os cuidados adotados para a escolha da empresa e o custo da contratação, perfeitamente consentâneo com os preços praticados no mercado, atenuaram a gravidade da falha, afastando a hipótese de aplicação de multa. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis. ***Acórdão n.º 2886/2010-Plenário, TC-023.360/2008-1, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 27.10.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Contrato emergencial resultante de falha de planejamento: responsabilidade do parecerista jurídico e da autoridade que decide sobre a oportunidade e a conveniência da contratação
Ao examinar a prestação de contas da Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU, relativa ao exercício de 2004, a unidade técnica identificou possíveis irregularidades envolvendo treze contrações diretas, celebradas com fundamento no art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93. O expediente da dispensa de licitação teria sido utilizado, sucessivamente, em razão de falhas no planejamento, evidenciadas pela não realização, em tempo hábil, de licitações para a substituição de diversos contratos essenciais ao funcionamento da entidade, dando ensejo à situação emergencial. Instados a se manifestar, o Chefe do Departamento Jurídico e o Superintendente da CBTU/STU-Recife alegaram, em síntese, que a responsabilidade pela deflagração do processo licitatório é do gestor da área que necessita do serviço. De acordo com a unidade técnica, a competência para adotar as providências necessárias à realização dos processos licitatórios com a devida antecedência, de fato, *“não caberia ao superintendente da CBTU/STU-Recife, já que, nos termos dos [...]*

atos normativos, caberia à unidade interessada planejar as contratações. Entretanto, mediante delegação de competência do diretor-presidente da CBTU, as contratações diretas nas unidades regionais são autorizadas pelo superintendente, cabendo-lhe decidir sobre a oportunidade do pedido. Assim, na condição de autoridade máxima da CBTU/STU-Recife, o então superintendente regional deveria coibir o uso indiscriminado desse expediente." Quanto às razões de justificativa do Chefe do Departamento Jurídico, a unidade técnica concluiu que deveriam elas ser rejeitadas, porquanto ele *"atestou estarem presentes os requisitos necessários para a dispensa de licitação, sem qualquer oposição ou ressalva quanto à [...] contratação emergencial da prestação de serviços, cuja urgência decorreu da falta de planejamento e da desídia do administrador."*. Diferentemente da unidade instrutiva, o relator entendeu não caber a responsabilização do Chefe do Departamento Jurídico, uma vez que as situações apresentadas àquele dirigente justificavam o uso da dispensa de licitação. Ainda que o excessivo número de contratos firmados emergencialmente fosse indicativo de que havia falhas no planejamento da entidade, podendo o parecerista ter alertado sobre o problema, tal omissão *"não é suficientemente grave a ponto de culminar em sua responsabilização pela falha ocorrida"*. O mesmo raciocínio seria válido para o Superintende da CBTU/STU-Recife. Embora lhe coubesse decidir sobre a oportunidade e a conveniência das contrações diretas, *"não há informações nos autos de que teria responsabilidade sobre as falhas de planejamento que acabaram por resultar na contração emergencial com ausência de licitação"*. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, o Colegiado decidiu julgar regulares com ressalva as contas dos agentes públicos arrolados, sem prejuízo de determinar à CBTU que *"inicie os procedimentos licitatórios em tempo hábil para a substituição tempestiva dos contratos vincendos, para evitar contratações emergenciais com dispensa de licitação"*. ***Acórdão n.º 7070/2010-1ª Câmara, TC-013.359/2005-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 26.10.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Celebração de contrato com empresa inscrita no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (Cadin)

Ao apreciar a prestação de contas da Refinaria Alberto Pasqualini S.A. – Refap, relativa ao exercício de 2003, a Segunda Câmara, por intermédio do Acórdão n.º 5.502/2008, julgou regulares com ressalva as contas dos responsáveis e expediu determinações à entidade (item 1.7), dentre elas: *"1.7.3. não contrate com qualquer empresa de um grupo em que haja ente inscrito no Cadin (Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal), mesmo na qualidade de consórcio, nos termos do art. 6º, inciso III, da Lei 10.522/2002;"*. Contra a aludida determinação, a Refap interpôs recurso de reconsideração, alegando *"não existir qualquer norma que impeça que o grupo Petrobras, no qual está incluída a REFAP, contrate empresas inscritas no CADIN"*. Além disso, *"não vislumbra o caráter determinante quanto ao destino da contratação no art. 6º, inciso III da Lei n.º 10.522/2002, pois o texto legal exige a consulta, mas não estabelece o impedimento de contratação com empresas inscritas naquele cadastro. Verifica que se trata de norma restritiva e que, por esta razão, não pode ser interpretada de forma ampliativa."*. Em seu voto, o relator destacou que o art. 6º, III, da Lei n.º 10.522/2002, *"não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa inscrita no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin"*. O relator fez menção, ainda, ao seguinte trecho do voto condutor do Acórdão n.º 390/2004-Plenário: *"A Medida Provisória nº 1.490, de 07/06/1996, assim estabelecia: 'Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao CADIN, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para: [...] III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos. [...] Art. 7º A existência de registro no CADIN há mais de trinta dias constitui fator impeditivo para a celebração de qualquer dos atos previstos no artigo anterior.' Assim, pelo disposto no seu art. 7º, seria vedada a contratação de empresas inscritas no Cadin. O STF, em julgamento de 19/06/1996, concedeu medida liminar suspendendo os efeitos desse art. 7º. Tal ação ainda não foi julgada no mérito. O próprio Poder Executivo, entretanto, quando da edição da MP nº 1863-52, de 26/08/1999, norma que tratava do Cadin, excluiu o referido art. 7º. E a própria Lei nº 10.522/02, oriunda da conversão da medida provisória, também não trouxe esse dispositivo. Dessa forma, não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer*

conseqüência em relação às contratações a serem realizadas.". Acolhendo o voto do relator, deliberou o Colegiado no sentido de dar provimento parcial ao recurso para tornar insubsistente o subitem 1.7.3 do Acórdão n.º 5502/2008-2.ª Câmara. ***Acórdão n.º 6246/2010-2ª Câmara, TC-009.487/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 26.10.2010***.

Possibilidade da participação, em certames licitatórios, de entidades sem fins lucrativos
Representação oferecida ao TCU apontou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 2/2010, realizado pelo Museu de Astronomia e Ciências Afins – MAST, tendo como objeto a contratação de empresa especializada na *"prestação de serviços de apoio administrativo, envolvendo o fornecimento de mão-de-obra para os cargos de recepcionista, supervisor, copeira, mensageiro, reprografista e motorista"*. A representante alegou que a licitante vencedora, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador – Abradecont, não poderia ter incluído, em sua proposta de preços, a previsão de lucro, *"já que a mesma é entidade sem fins lucrativos. Ao provisionar valores a título de lucro e também beneficiar-se da isenção do pagamento de impostos, a licitante quebra o princípio da isonomia do certame licitatório"*. A representante também acostou aos autos o Acórdão n.º 5.555/2009-2ª Câmara, por meio do qual fora expedida a seguinte determinação à Fundação Oswaldo Cruz: *"não habilite em seus certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, como o Pregão Eletrônico 90/2009, entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexo de relação entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados, considerando que terceirização de mão-de-obra não se coaduna com a natureza jurídica de tais entes, por se caracterizar como ato de comércio com finalidade econômica;"*. Em sua instrução, a unidade técnica salientou que a questão da participação de associações sem fins lucrativos em certames licitatórios ainda se encontra sob análise no TCU, isso porque o aludido Acórdão n.º 5.555/2009-2ª Câmara foi objeto de pedido de reexame. Em respeito aos princípios da busca da melhor proposta para a administração pública e do caráter competitivo da licitação, o relator entendeu que *"não seria razoável condenar a conduta do pregoeiro que aceitou a participação da Abradecon no Pregão Eletrônico nº 2/2010, até porque não há posicionamento definitivo deste Tribunal que impeça o ingresso de entidades filantrópicas nos certames licitatórios"*. Ao final, o relator propôs e o Colegiado decidiu considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 6235/2010-2ª Câmara, TC-019.632/2010-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 26.10.2010***.

Responsável pelo Informativo:
Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 2 (não houve) e 3 de novembro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

PLENÁRIO

A participação de empresa, em processo licitatório, como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), sem possuir os requisitos legais para tanto, pode ensejar a sua declaração de inidoneidade
Em sede de representação, foi apurada a possível participação indevida de empresa em licitações públicas, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos legais necessários para tal caracterização. Em seu voto, com relação à empresa supostamente beneficiada com o enquadramento indevido, o relator ressaltou ter ficado comprovado "*que seu faturamento bruto era superior ao limite estabelecido para o enquadramento como pequena empresa, que a empresa não solicitou à época a alteração de sua condição e, por fim, que participou de procedimento licitatório exclusivo para micros e pequenas empresas, vencendo o certame, beneficiando-se de sua própria omissão*". Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a empresa *"descumpriu o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007"*. Essa omissão possibilitara à empresa *"benefícios indevidos específicos de ME ou EPP e a obtenção, na Junta Comercial, da 'Certidão Simplificada', documento que viabilizou sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP*". Embora tenha considerado grave a omissão da empresa em informar o seu desenquadramento, o relator, em razão da baixa materialidade dos valores envolvidos nas licitações analisadas, entendeu suficiente a expedição de alerta à aludida empresa no sentido de que "*a repetição da infração ensejará a declaração de sua inidoneidade, impossibilitando que contrate com o Poder Público por até 5 anos*", no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2924/2010-Plenário, TC-007.490/2010-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.11.2010***.

Contratação de obra sob o regime de empreitada por preço global: necessidade de que os pagamentos correspondam aos serviços efetivamente executados
Mediante pedidos de reexame, o Consórcio Skanska/Engevix e a Petrobras insurgiram-se contra determinações contidas no Acórdão 93/2009-Plenário. No caso, o citado consórcio fora contratado, sob o regime de empreitada por preço global, para construir uma unidade de produção de propeno no Paraná, envolvendo a execução dos serviços de projeto de detalhamento, fornecimento parcial de bens, construção da infra-estrutura complementar de canteiros de obras, construção, montagem, condicionamento e assistência à

pré-operação, partida, operação e apoio à manutenção para implementação do **on-site** da unidade de propeno no Paraná. De acordo com o contrato firmado, na ocorrência de *"diferença entre as quantidades apuradas (QA) pela contratada durante a execução e as quantidades determinadas (QD) no projeto básico elaborado pela PETROBRAS de mais de 7%, para mais ou para menos, é cabível o ressarcimento por parte da PETROBRAS ou da contratada, conforme o caso, da diferença que exceder esse percentual."*. O Tribunal entendeu que tal cláusula, somada a outras, impunha *"descaracterização do regime de empreitada por preço global, configurando empreitada por preços unitários, em face de o contrato admitir acréscimos decorrentes de ressarcimentos por quantitativos apurados no projeto executivo, os quais não caracterizam eventos supervenientes e imprevistos, e sim apenas inexatidões em relação ao projeto básico, cujos riscos de sua ocorrência já estão embutidos no BDI da contratada"*. Assim, ainda na fase inicial de execução do empreendimento, o Tribunal determinou à Petrobras que *"evite a fixação, em contratos sob o regime de empreitada pelo preço global, de percentuais ou limites cuja extrapolação implique a revisão do preço global do contrato, a exemplo daquele previsto na cláusula 5.1.2.1 do contrato para a Unidade de propeno da Refinaria Getúlio Vargas, destinado a cobrir os riscos de eventuais erros dos quantitativos extraídos do projeto licitado, envidando, ao invés, todos os esforços necessários à obtenção de projetos adequados ao nível de complexidade exigido pelo objeto"*. Ao examinar os recursos, o relator considerou não restar descaracterizado, na espécie, o regime de empreitada por preço global, haja vista que a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2011, em seu art. 127, § 6º, inciso III, declara, expressamente, como aceitáveis, em obras realizadas sob o regime de empreitada por preço global, alterações contratuais de pequena monta, em face de falhas ou omissões do projeto básico. Além disso, para o relator, *"as cláusulas do edital e do contrato estipulavam obrigação de a Petrobrás remunerar o consórcio apenas pelos quantitativos que excedessem as previsões originais e ultrapassem o patamar de 7% (...). Tais condições conferiam aos contratantes a obrigação de tolerar pequenas variações em relação à previsão original"*. Em seu voto, o relator registrou, ainda, a tendência jurisprudencial do Tribunal no sentido de que, mesmo em contratos sob o regime de empreitada por preço global, há necessidade de que os pagamentos correspondam aos serviços efetivamente executados. Ao final, votou pelo provimento dos pedidos de reexame interpostos, de forma a desconstituir a determinação guerreada, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdão nº 2088/2004-Plenário e Acórdão nº 1244/2008-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 2929/2010-Plenário, TC-015.638/2007-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.11.2010***.

Aditivo com inclusão de serviços não previstos originalmente no contrato: necessidade de se comparar a situação inicial com a final para se concluir pela existência, ou não, de débito

Em sede de pedido de reexame, o ex-Diretor Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Acre – DERACRE manifestou seu inconformismo em face de multa que lhe fora aplicada por intermédio do Acórdão 1192/2009-Plenário, prolatado quando da apreciação de relatório de auditoria realizada nas obras de construção de trecho rodoviário na BR-317, no Estado do Acre. Uma das irregularidades que levou à aplicação de multa ao referido agente público fora a sua anuência à inclusão de quatro serviços novos na planilha contratual, por preços superiores aos constantes do Sistema de Custos Rodoviários (SICRO), do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT). Ao examinar a matéria, o relator destacou que, "*quando da inclusão desses serviços, foram incluídos outros quatro, cujos preços eram inferiores aos de referência. Da soma total desses oito novos serviços (R$ 2.322.660,96), resultou preços menores em R$ 85.048,42 ao que resultaria da simples aplicação, a todos esses serviços, dos valores oficiais de referência*". Em seguida, enfatizou que "*tanto a recente jurisprudência do TCU (...) quanto a legislação que rege atualmente a matéria são no sentido de que os aditivos contratuais devem manter as condições financeiras verificadas quando da contratação*". Portanto, "*se a obra possui valores globais em determinada proporção dos valores obtidos dos preços unitários de referência, essa proporção deve ser mantida quando da ocorrência de aditivos contratuais. Busca-se assim evitar o chamado 'jogo de planilha'*". O relator entendeu que "*caberia não uma análise destacada dos serviços novos incluídos no contrato, mas do impacto financeiro do conjunto de alterações decorrentes dos aditivos contratuais, englobando tanto os preços dos novos serviços quanto os preços dos serviços que tiveram os quantitativos alterados*". Comparando a situação inicial com a final, após a inclusão dos novos serviços, o relator concluiu ter agido o gestor de maneira adequada, pois "*os aditivos contratuais como um todo propiciaram a redução de cerca de R$ 670.000,00 no valor contratado. E mais. Quando comparados com os valores de referência oficial (Sicro), o contrato apresentava uma diferença a maior de 8,4% e, após essas alterações contratuais, passou a apresentar uma diferença a maior de 0,21%*". Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu dar provimento ao recurso. Precedentes citados: Acórdãos nºs 296/2004, 1120/2010, 1200/2010 e 2066/2010,

todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2931/2010-Plenário, TC-015.682/2008-0, rel. Min. Benjamin Zymler, 03.11.2010***.

Contratação de serviços: 1 - A obrigatoriedade da vistoria prévia prejudica a competitividade e a impessoalidade do certame

Denúncia trouxe notícias ao TCU acerca de supostas irregularidades envolvendo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) – Nacional. Informou-se que, na Concorrência nº 08/2010, voltada à contratação de empresa para a prestação de serviços de limpeza e conservação predial da nova sede do Sebrae, empresas teriam sido impedidas de realizar vistoria no local da prestação de serviços. Em procedimento de inspeção, a unidade técnica apurou que "*os termos do edital eram obscuros em relação à efetiva data limite para a realização da vistoria obrigatória, o que alijou algumas empresas da concorrência*". Ainda sobre esse ponto, a unidade instrutiva consignou "*que a obrigatoriedade da vistoria prévia prejudica a competitividade e a impessoalidade do certame, sendo reprovada pela jurisprudência do Tribunal*". Todavia, ponderou que, antes mesmo da apresentação da denúncia, a Concorrência nº 08/2010 já estava encerrada e com o respectivo contrato assinado, o que tornaria inviável a suspensão do certame. Além disso, a declaração de nulidade da licitação, bem como do contrato dela decorrente, certamente traria transtornos à continuidade da prestação dos serviços de limpeza e conservação na nova sede do Sebrae, impondo a contratação emergencial de tais serviços, em face de sua natureza essencial. Assim sendo, a unidade técnica propôs que fosse determinado ao Sebrae que "*abstenha-se de prorrogar o Contrato 286/2010, promovendo tempestivamente nova licitação, em que deverão ser corrigidas as impropriedades apontadas*". A proposta foi acolhida pelo relator e contou com a anuência do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 983/2008 e 2395/2010, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2990/2010-Plenário, TC-027.991/2010-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, 03.11.2010***.

Contratação de serviços: 2 - Serviços de limpeza e conservação predial são comuns

Ainda na denúncia que trouxe notícias ao TCU acerca de supostas irregularidades envolvendo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) – Nacional, a unidade técnica apresentou proposta de recomendação de que, doravante, o Sebrae utilize o pregão, preferencialmente eletrônico, em licitações que tenham por objeto a prestação de serviços de limpeza e conservação predial. Ao examinar a matéria, o relator destacou que "*o objeto do Contrato 286/2010, por ser de natureza comum, ajusta-se à Instrução Normativa do Sebrae aprovada pela Resolução CDN 6/2004, que dispõe, precisamente, sobre o uso do pregão eletrônico para contratação de serviços de natureza comum*", e que, "*conquanto a referida norma não estabeleça que os serviços de conservação e limpeza predial e jardinagem sejam de natureza comum, essa lacuna pode ser preenchida invocando-se, por analogia, o Anexo II do Decreto 3.555/2000, cujo item 17 dispõe expressamente nesse sentido*". Desse modo, votou o relator por se determinar ao Sebrae que a nova licitação para contratação dos serviços de limpeza e conservação predial da sua sede seja procedida "*preferencialmente sob a modalidade de pregão eletrônico*", o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2990/2010-Plenário, TC-027.991/2010-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, 03.11.2010***.

Pregão para serviços de natureza contínua: exigência, para fim de habilitação, de experiência temporal mínima

Representação contra o Pregão Eletrônico n.º 48/2010, promovido pelo TCU com vistas à contratação de serviços contínuos de operação e manutenção predial preventiva e corretiva dos sistemas, equipamentos e instalações do Tribunal, em Brasília/DF, apontou possíveis irregularidades no instrumento convocatório do certame, dentre elas a comprovação, pelos licitantes, de experiência mínima de três anos no mercado do objeto licitado. A unidade técnica responsável pela instrução considerou tal exigência compatível com a magnitude e complexidade do objeto. Em seu voto, o relator destacou que os serviços a serem contratados, por sua natureza contínua, consoante o art. 57 da Lei n.º 8.666/93, poderiam se estender por longo período e, assim, "*a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto*". Desse modo, o "*estipulado prazo de três anos de atuação no mercado (...) é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993*". Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, deliberou o Plenário pela improcedência da representação. ***Acórdão n.º 2939/2010-Plenário, TC-019.549/2010-5, rel. Min. Aroldo Cedraz, 03.11.2010***.

Sessões: 9 e 10 de novembro de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Planilha de custos e formação de preços: 1 - Previsão do pagamento de salários superiores aos fixados pela convenção coletiva de trabalho da categoria

Representação oferecida ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 076/2006, promovido pelo Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Estado do Rio de Janeiro – NERJ/MS, cujo objeto era a contratação de empresa prestadora de serviços de tratamento de acervos arquivísticos – microfilmagem, acondicionamento e arquivamento – no Centro de Microfilmagem e Digitalização – CMD/RJ. De acordo com o Auditor Federal responsável pela instrução, o NERJ/MS estabelecera, no edital, a previsão do pagamento de 2,7 salários de referência para a função de Técnico de Microfilmagem, bem como de 5,0 salários para a de Arquivista, *"em desacordo com o art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, que veda a fixação de preços mínimos como critério de aceitabilidade dos preços unitários e global nas licitações públicas"*. Destacou, ainda, que o TCU, por meio do Acórdão n.º 614/2008-Plenário, firmara o entendimento de que, "*para modelos de execução indireta de serviços, inclusive os baseados na alocação de postos de trabalho, se a categoria profissional requerida se encontra amparada por convenção coletiva de trabalho, ou outra norma coletiva aplicável a toda a categoria, determinando o respectivo valor salarial mínimo, esse pacto laboral deve ser rigorosamente observado nas licitações efetivadas pela Administração Pública e nas contratações delas decorrentes"*. Ao se manifestar nos autos, o titular da unidade técnica ressaltou que, embora o referido acórdão aponte no sentido da impossibilidade de tal previsão, o próprio Tribunal decidiu, posteriormente, por intermédio do Acórdão n.º 1122/2008-Plenário, que essa regra admite exceção, desde que devidamente justificada. Segundo o titular da unidade instrutiva, há situações em que se necessita de profissionais com habilitação/experiência superior à daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso

salarial da categoria. A utilização do piso como referência, nessas situações, *“acaba por gerar para a Administração, em vez de economia, problemas operacionais, em função da alocação de profissionais despreparados ou não capacitados e da rotatividade de mão de obra*”. Para ele, poderia haver justificativa para o ato, porém tal não constou do processo licitatório, o que *“caracteriza falha, independente das necessidades existentes e da aceitação ou não das justificativas posteriormente apresentadas”*. Em consequência, propôs a expedição de alerta ao NERJ/MS quanto à *“previsão de pagamento de salários superiores aos fixados pela Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria, sem a formalização, no processo licitatório, da devida fundamentação, em descumprimento ao art. 40, inciso X, da Lei n.º 8.666/93, e entendimento deste Tribunal firmado pelo Acórdão TCU n.º 1.122/2008-Plenário”*. Em seu voto, o relator considerou adequado o encaminhamento proposto, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 3006/2010-Plenário, TC-001.225/2008-0, rel. Min. Valmir Campelo, 10.11.2010***.

Planilha de custos e formação de preços: 2 - Possibilidade da constituição de reserva técnica
Outra possível irregularidade apontada no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 076/2006, promovido pelo Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Estado do Rio de Janeiro – NERJ/MS, tendo por objeto a contratação de empresa prestadora de serviços de tratamento de acervos arquivísticos – microfilmagem, acondicionamento e arquivamento – no Centro de Microfilmagem e Digitalização – CMD/RJ, foi a *“constituição de reserva técnica (15% sobre o salário de cada posto de trabalho)”*. De acordo com a unidade instrutiva, a previsão de “Reserva Técnica” não se justificaria no contexto dos serviços contratados, uma vez que os custos de substituição de mão de obra pela contratada, nas ausências dos empregados (afastamentos legais por motivo de férias, doença, licenças, faltas, etc.) já seriam absorvidos pelos percentuais estabelecidos no ‘Grupo B’ das planilhas. A unidade instrutiva registrou, ainda, que o Tribunal já se manifestou contrariamente à previsão de reserva técnica, sem indicação expressa dos custos correspondentes a serem cobertos por esse item. Para a unidade técnica, no entanto, não se devia exigir, no caso concreto, a devolução dos valores, tendo em vista que a antiga IN/MARE n.º 18/1997 admitia a estimativa de reserva técnica. Além disso, a atual IN/SLTI nº 2/2008, que revogou a norma anterior, manteve a previsão para reserva técnica nos editais, definindo-a como custos decorrentes de substituição de mão de obra quando da ocorrência de atrasos ou faltas não amparadas por dispositivo legal e, ainda, abonos e outros. No entanto, como a definição de reserva técnica, sem comprovação dos custos correspondentes, pode caracterizar lucro disfarçado, o Plenário decidiu, nos termos do voto do relator, assinar prazo para que o NERJ/MS *“adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, de forma a promover a repactuação do Contrato nº 174/2006, firmado com a empresa MGI Tecnogin Micrográfica no Gerenciamento da Informação Ltda., a fim de adequar as planilhas de custos dos serviços contratados, bem como proceder ao ajuste de contas, nas futuras faturas, entre os valores efetivamente pagos e os decorrentes da repactuação ora determinada”*, em relação à *“comprovação dos custos correspondentes que são cobertos pela reserva técnica ou supressão do referido item das planilhas de custos dos serviços contratados, nos termos dos Acórdãos TCU nºs 1179/2008, 645/2009, 727/2009 e 2060/2009, todos do Plenário;”*. ***Acórdão n.º 3006/2010-Plenário, TC-001.225/2008-0, rel. Min. Valmir Campelo, 10.11.2010***.

Planilha de custos e formação de preços: 3 - Considera-se integralmente pago, no primeiro ano do contrato, o percentual relativo ao aviso prévio trabalhado
Outra suposta irregularidade apontada no Contrato n.º 174/2006, celebrado pelo Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Estado do Rio de Janeiro – NERJ/MS, cujo objeto era a prestação de serviços de tratamento de acervos arquivísticos – microfilmagem, acondicionamento e arquivamento – no Centro de Microfilmagem e Digitalização – CMD/RJ, envolveu o fato de o percentual de 1,94% da planilha de custos dos serviços contratados, relativo ao ‘Aviso Prévio Trabalhado’, continuar sendo pago mesmo após o primeiro ano do contrato. De acordo com a unidade técnica, o cálculo referente ao percentual cobrado para fazer face ao ‘Aviso Prévio Trabalho’ (Grupo B), estabelecido em 1,94 % na proposta da contratada, considera-se integralmente pago no primeiro ano do contrato, devendo ser zerado nos anos subsequentes. Assim sendo, nos termos do voto do relator, o Plenário decidiu assinar prazo para que o NERJ/MS *“adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, de forma a promover a repactuação do Contrato nº 174/2006, firmado com a empresa MGI Tecnogin Micrográfica no Gerenciamento da Informação Ltda., a fim de adequar as planilhas de custos dos serviços contratados, bem como proceder ao ajuste de contas, nas futuras faturas, entre os valores efetivamente pagos e os decorrentes da repactuação ora determinada”*, em relação à *“supressão do percentual de 1,94 % da Planilha de Custos dos Serviços Contratados, referente ao*

Aviso Prévio Trabalhado, tendo em vista que os referidos custos consideram-se integralmente pagos no primeiro ano do Contrato, devendo ser zerado nos anos subsequentes, nos termos do cálculo demonstrado quando da apreciação do Acórdão TCU nº 1904/2007-Plenário;”. ***Acórdão n.º 3006/2010-Plenário, TC-001.225/2008-0, rel. Min. Valmir Campelo, 10.11.2010***.

Planilha de custos e formação de preços: 4 - Inclusão de percentual destinado a despesas com seleção e treinamento

Outra possível irregularidade apontada no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 076/2006, promovido pelo Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Estado do Rio de Janeiro – NERJ/MS, tendo por objeto a contratação de empresa prestadora de serviços de tratamento de acervos arquivísticos – microfilmagem, acondicionamento e arquivamento – no Centro de Microfilmagem e Digitalização – CMD/RJ, foi a previsão de percentual destinado a despesas com seleção e treinamento dos empregados da contratada. A unidade técnica destacou que o Tribunal, por meio do Acórdão n.º 325/2007-Plenário, firmou entendimento no sentido de que tais custos estão englobados no conceito de lucro, porquanto seria obrigação da empresa *“fornecer empregados devidamente treinados e aptos para execução dos serviços contratados”*. Ponderou, no entanto, que, no caso concreto, a contratada efetuara despesas específicas com treinamentos solicitados pelo próprio NERJ/MS. Assim sendo, formulou proposta no sentido de ser tão somente expedido alerta ao órgão para observar, nas próximas contratações de serviços executados de forma indireta e contínua, o teor do Acórdão n.º 325/2007-Plenário, no sentido de não incluir, nas planilhas orçamentárias, percentuais de seleção e treinamento. O relator considerou adequado o encaminhamento proposto, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 3006/2010-Plenário, TC-001.225/2008-0, rel. Min. Valmir Campelo, 10.11.2010***.

Planilha de custos e formação de preços: 5 - É de responsabilidade da empresa licitante a definição do número de empregados necessário à realização dos serviços

Outra suposta irregularidade apontada no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 076/2006, promovido pelo Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Estado do Rio de Janeiro – NERJ/MS, cujo objeto era a contratação de empresa prestadora de serviços de tratamento de acervos arquivísticos – microfilmagem, acondicionamento e arquivamento – no Centro de Microfilmagem e Digitalização – CMD/RJ, foi o fato de a especificação técnica ter sido definida *“em função do número de empregados e da jornada de trabalho dos funcionários a serem contratados”*, em desacordo com o art. 4º, II, do Decreto n.º 2.271/97, que veda a inclusão de disposições, nos instrumentos contratuais, que permitam a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra. De acordo com a unidade técnica, o NERJ/MS deveria ter elaborado o projeto básico identificando a demanda estimada de documentos a serem processados e microfilmados, descrevendo as especificações dos equipamentos existentes, as especialidades exigidas dos profissionais e as demais condições necessárias à execução dos serviços, sem fazer referência à quantidade de empregados e à jornada de trabalho, cabendo às empresas interessadas a definição do efetivo necessário para a realização dos serviços, com base na produtividade dos seus empregados. Para a unidade técnica, a opção pela sistemática de contratação de postos de serviços acarretou a realização de pesquisa de preços operacionalizada por meio do envio da planilha de custos, elaborada pelo próprio NERJ/MS, às empresas do ramo, solicitando a indicação dos salários dos profissionais por elas praticados, já dispondo dos percentuais de composição dos custos de fornecimento de mão de obra, sem levar em consideração a produtividade específica de cada empresa consultada, nem o grau de especialização dos seus profissionais. Por fim, a unidade instrutiva propôs a expedição de alerta ao NERJ/MS para observar, nas próximas contratações de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, os termos do art. 4º, II, do Decreto n.º 2.271/97. O relator anuiu à proposta técnica, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 3006/2010-Plenário, TC-001.225/2008-0, rel. Min. Valmir Campelo, 10.11.2010***.

Utilização, em caráter excepcional, de minuta-padrão de contrato, previamente aprovada pela assessoria jurídica

Por meio do Acórdão n.º 1.577/2006-Plenário, o Tribunal decidiu *“9.2. determinar à Petrobras/Refinaria Gabriel Passos - REGAP que: (...) 9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998);”*. Contra o aludido acórdão, a Petrobras interpôs pedido de reexame, amparando-se no entendimento perfilhado nos Acórdãos n.os 1.504/2005 e

392/2006 – ambos prolatados no Plenário –, segundo o qual é aceitável a aprovação prévia de minutas-padrão de licitações ou contratos referentes a objetos comuns, desde que as variações admitidas restrinjam-se *"ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços"*, e que não haja alteração de quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica. Com vistas à melhor compreensão de tal linha de pensamento, o relator julgou oportuno transcrever os seguintes excertos dos votos que fundamentaram os citados precedentes: *"(...) ao aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade normativa sobre procedimentos licitatórios em que tenham sido utilizadas. Ao gestor caberá a responsabilidade da verificação da conformidade entre a licitação que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Por prudência, havendo dúvida da perfeita identidade, deve-se requerer a manifestação da assessoria jurídica, em vista das peculiaridades de cada caso concreto. A despeito de haver decisões do TCU que determinam a atuação da assessoria jurídica em cada procedimento licitatório, o texto legal - parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 - não é expresso quanto a essa obrigatoriedade."*. Em seu voto, o relator reconheceu a plausibilidade da tese defendida nos Acórdãos n.os 1.504/2005 e 392/2006, ambos do Plenário. Para ele, nesses julgados, buscou-se privilegiar o princípio da eficiência, sobretudo ante a necessidade de as empresas estatais tornarem mais ágeis as suas licitações e, consequentemente, contratações, haja vista que competem, no mercado, em condições de igualdade com a atividade empresária do setor privado. Ainda segundo o relator, restou bem definido, nos precedentes em tela, que a sistemática consistente na aprovação prévia de minutas-padrão por parte de assessoria jurídica somente é admitida em caráter de exceção. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário dar provimento parcial ao recurso, de modo a alterar a redação do subitem 9.2.3 do acórdão recorrido, passando a vigorar nos seguintes termos: *"9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto – e este representar contratação corriqueira – e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta-padrão;"*. ***Acórdão n.º 3014/2010-Plenário, TC-005.268/2005-1, rel. Min. Augusto Nardes, 10.11.2010***.

Responsabilidade do pregoeiro pela pesquisa de preços sem a obtenção de, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos

Em processo apensado às contas anuais da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério da Saúde – CGRL/MS, referentes ao exercício de 2003, foi promovida a audiência do então Coordenador de Suprimentos e Controle Patrimonial, e também pregoeiro, em razão da não realização de ampla pesquisa de mercado no âmbito do Pregão n.º 90/2003, que tinha por objeto a aquisição de ambulâncias para o SAMU. O responsável aduziu, em suma, que: a) foi realizada pesquisa de mercado, sendo consultadas quatro empresas do ramo, tendo apenas uma delas atendido à solicitação; b) foi efetuada consulta ao SIASG – Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais, e mais especificamente ao SIREP – Sistema de Registro de Preços, ferramenta de apoio ao gestor na estimação de preços máximos nos processos de licitação; c) o estabelecimento de padrão básico específico de ambulâncias para o SAMU fez com que estas tivessem características especiais, o que impossibilitou a comparação de preços entre os produtos adquiridos pelo Ministério Saúde e os fornecidos para outros órgãos e entidades da Administração. Fato é que, quando da análise da minuta do edital, a Conjur/MS havia apontado a ausência de ampla pesquisa de mercado, razão por que recomendou a elaboração de planilha de preços, com pesquisa de mercado, bem como a inclusão de cronograma e local de entrega. Para o relator, ao desconsiderar os alertas emitidos pela Conjur/MS, o Coordenador de Suprimentos e Controle Patrimonial, e também pregoeiro, assumiu o risco de responder pelas consequências de seus atos, os quais contrariaram o disposto no art. 15, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, no art. 8º, II, do Decreto n.º 3.555/2000 e no art. 3º do Decreto n.º 3.931/2001, que estabelecem a necessidade de que as licitações, e mais especificamente os pregões, sejam precedidos de ampla pesquisa de mercado. O relator destacou, também, que a jurisprudência do TCU é no sentido de que, antes da fase externa da licitação, há que se fazer pesquisa de preço para obtenção de, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável e julgar irregulares as suas contas, sem prejuízo da aplicação de multa. Precedentes citados: Acórdãos n.os 4.013/2008 e 1.547/2007, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 3026/2010-Plenário, TC-006.150/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.11.2010***.

A declaração de inidoneidade produz efeitos para o futuro, não alcançando os contratos já celebrados com a empresa sancionada

Por meio do Acórdão n.º 1.262/2009-Plenário, o Tribunal deliberou no sentido de *"9.1. declarar as empresas Skymaster Airlines Ltda., CNPJ 00.966.339/0001-47; Beta - Brazilian Express Transportes Aéreos Ltda., CNPJ 64.862.642/0001-82; e Aeropostal Brasil Transporte Aéreo Ltda., CNPJ 003.765.091/0001-44, inidôneas para participar, por cinco anos, de todas as licitações que envolvam recursos da Administração Pública Federal, mesmo os descentralizados mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres federais, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 [...];"*. Naquela mesma assentada, decidiu o Pleno *"9.3. [...] determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT que: 9.3.1. proceda à rescisão contratual de todos os contratos porventura vigentes com as empresas Skymaster Airlines Ltda., Beta - Brazilian Express Transportes Aéreos Ltda. e Aeropostal Brasil Transporte Aéreo Ltda. e providencie, caso necessário, abertura imediata de certame licitatório para execução dos serviços que estejam sendo realizados por essas empresas;"*. Contra o aludido acórdão, as empresas sancionadas interpuseram recursos de reconsideração, sob o argumento de que *"a declaração de inidoneidade apenas produz efeitos **ex nunc**"*. Com amparo na *"moderna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF-1"*, o relator concluiu que *"a declaração de inidoneidade não dá ensejo à imediata rescisão de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas e a administração pública federal. Isso porque a declaração de inidoneidade apenas produz efeitos **ex nunc**, não autorizando que sejam desfeitos todos os atos pretéritos ao momento de sua proclamação"*. Em seu voto, o relator ponderou que a rescisão de todos os contratos anteriormente celebrados pela empresa declarada inidônea nem sempre se mostra a solução mais adequada, pois, dependendo da natureza dos serviços pactuados, os quais, em algumas situações, não podem sofrer solução de continuidade, *"não seria vantajoso para a administração rescindir contratos cuja execução estivesse adequada para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório"*. Contudo, no que concerne aos contratos decorrentes de certames impugnados, nos quais se verificam condutas que autorizam a declaração de inidoneidade das empresas participantes, *"entendo que devem ser prontamente rescindidos"*. Nesse sentido, estaria correta, segundo o relator, a proposta da unidade técnica quanto à alteração do item 9.3.1 do acórdão recorrido, de forma a contemplar determinação para ser prontamente rescindido tão somente o contrato decorrente do Pregão n.º 45/2001 e proibida a renovação dos contratos em vigor com as outras empresas declaradas inidôneas. Considerando, no entanto, que, *"segundo pesquisa efetuada ao sítio dos correios"*, não estavam em vigor quaisquer contratos celebrados com aquelas empresas, concluiu o relator ser desnecessária alteração no item 9.3.1 do acórdão recorrido, tampouco haveria motivo para torná-lo insubsistente. Julgou, por fim, que deveria ser revista, **ex officio**, a redação do item 9.1 do aludido acórdão, de forma que a declaração de inidoneidade das empresas fosse proferida nos exatos contornos estabelecidos pela Lei Orgânica do TCU. Nos termos do voto do relator, decidiu o Colegiado dar ao item 9.1 do Acórdão n.º 1262/2009-Plenário a seguinte redação: *"9.1. declarar as empresas Skymaster Airlines Ltda., CNPJ 00.966.339/0001-47; Beta - Brazilian Express Transportes Aéreos Ltda., CNPJ 64.862.642/0001-82; e Aeropostal Brasil Transporte Aéreo Ltda., CNPJ 003.765.091/0001-44, inidôneas para participar, por cinco anos, de licitações na Administração Pública Federal, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 [...];"*. ***Acórdão n.º 3002/2010-Plenário, TC-016.556/2005-5, rel. Min. José Jorge, 10.11.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

A indevida habilitação da licitante vencedora não necessariamente implica a nulidade do contrato com ela celebrado

Representação formulada ao TCU apontou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 77/2009, realizado pelo Instituto Evandro Chagas, com o objetivo de contratar empresa para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização das dependências do órgão nas cidades de Belém e Ananindeua/PA. A representante questionou a decisão do pregoeiro, que declarou vencedora do certame a empresa Universal Serviços Ltda.. Para tanto, alegou que: a) *"o atestado apresentado pela referida empresa não comprova que ela executou serviços pertinentes ou compatíveis em características (limpeza e conservação) com o objeto da licitação, conforme determina o subitem 13.6 do edital, já que o mencionado documento comprova a prestação de serviço de 1 (um) servente [...], enquanto que o edital exige 54 (cinquenta e quatro) serventes*

[...]”; b) *“a área total prevista no edital é de 383.523,08 m² (externa) e 15.384,23 m² (interna), e no atestado apresentado pela empresa vencedora consta a área externa de 3.000 m² e a interna de 1.120 m²”*. Para a unidade técnica, a aceitação de atestado *“sem razoável semelhança com o objeto do pregão, seja em termos de áreas internas e externas, seja em termos de funcionários”*, poderia ensejar a contratação de empresa desprovida de capacidade técnica, pondo em risco a realização do objeto pactuado. Em pesquisa ao Sistema Siasg, a unidade instrutiva constatou que, em decorrência do mencionado certame, fora celebrado o Contrato n.º 23/2010, cuja vigência corresponderia ao período de 8/3/2010 a 7/3/2011, englobando 104 prestadores de serviços. A partir dessas considerações, entendeu que se deveria fixar prazo ao Instituto Evandro Chagas para adotar as providências necessárias à anulação, com efeitos **ex nunc**, do Pregão Eletrônico n.º 77/2009 e do contrato dele decorrente, tendo em vista a inobservância ao art. 30, II, da Lei n.º 8.666/93. O relator, no entanto, entendeu que não seria o caso de se adotar a medida drástica de anular o certame e o correspondente contrato, isso porque, de acordo com os autos, *“o mencionado contrato está em plena e adequada execução, não havendo evidência de qualquer fato que pudesse significar problema na implementação das condições pactuadas”*, restando, portanto, *“afastado o risco aventado pela Unidade Técnica de inexecução do objeto contratado”*. O relator considerou suficiente a expedição de determinação ao órgão, com vistas a prevenir futuras ocorrências dessa natureza, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 6485/2010-2ª Câmara, TC-003.615/2010-3, rel. Min. Aroldo Cedraz, 09.11.2010***.

Responsável pelo Informativo:
Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 16 e 17 de novembro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Os preços dos insumos constantes da planilha orçamentária são mais bem representados pela média, ou mediana, e não pelo menor dos preços pesquisados no mercado
Ao apreciar relatório de auditoria realizada nas obras de construção do edifício-sede do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – TRT/ES, cujo escopo abrangeu o exame de contratos e processos licitatórios, dentre eles a Concorrência n.º 1/2009, o Tribunal, por meio do Acórdão n.º 896/2010-Plenário, formulou determinações àquele órgão. Contra o aludido acórdão, foi interposto pedido de reexame. Um dos questionamentos apresentados pelos responsáveis do TRT/ES referia-se à determinação para que fosse alterada "*a planilha orçamentária de forma a utilizar os menores preços, e não os preços medianos para os diversos insumos cotados no mercado*". Tais insumos não teriam cotação no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), mantido e divulgado, na **internet**, pela Caixa Econômica Federal, razão pela qual os gestores utilizaram como referência os preços medianos, quando havia pelo menos três propostas, e o menor preço nos demais casos. As unidades técnicas do Tribunal responsáveis pela instrução concluíram pela adequabilidade da determinação anterior, sugerindo, então, que se mantivesse a utilização da menor cotação dos preços na orçamentação da obra, em detrimento da mediana utilizada pelo TRT/ES. O relator, porém, divergiu da proposta apresentada. Em seu voto, enfatizou que a Lei n.º 8.666/1993 "*não prescreve como deve ser realizado este orçamento*". Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) "*não prevê a forma pela qual será realizada a cotação de preços quando ausente o insumo no SINAPI e inexistente a tabela de referência formalmente aprovada por órgão ou entidade da administração pública federal*". Assim, para o relator, não seria razoável "*a exigência de que a orçamentação, nestes casos, deva sempre considerar o menor preço cotado no mercado*". Desse modo, entendeu que "*a utilização de preços médios ou da mediana, além de bem refletir os preços praticados no mercado, não implica ofensa à Lei de Licitações, à LDO/2009 ou aos princípios gerais da Administração Pública*." Concluiu o relator que "*o preço de mercado é mais bem representado pela média ou mediana uma vez que constituem medidas de*

tendência central e, dessa forma, representam de uma forma mais robusta os preços praticados no mercado". Ao final, votou pelo provimento do pedido de reexame, com a consequente exclusão das deliberações anteriores do TCU. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 3068/2010-Plenário, TC-024.376/2008-6, rel. Min. Benjamin Zymler, 17.11.2010***.

Na composição da planilha orçamentária, devem ser considerados possíveis descontos em razão da escala da contratação

Mediante pedidos de reexame, recorrentes demonstraram seu inconformismo com o subitem 9.3 do Acórdão nº 2.710/2009-Plenário, por meio do qual o Tribunal determinou à Companhia Pernambucana de Saneamento (Compesa) que, no prazo de 30 dias, promovesse a repactuação do Contrato nº CT.OS.07.0.0467, de forma a adequar preços unitários – para os quais a unidade técnica responsável pela instrução inicial houvera detectado sobrepreço de R$ 65.724.719,60 (94,5% do sobrepreço total) – mediante comparação com preços praticados pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf). Quando da apreciação anterior do processo, considerou-se que a Compesa falhou ao deixar de promover exame criterioso para fins de definição dos preços dos tubos de aço-carbono e de ferro fundido, isso porque a definição dos preços no orçamento-base deveria necessariamente passar pela aplicação de descontos em relação às fontes de pesquisa consultadas, em razão da economia de escala gerada pela aquisição de grandes quantidades de tubos. Já nesta fase processual, o relator, em seu voto, ao concordar com as análises promovidas pela unidade instrutiva, destacou que "*o caso fático ora enfrentado consiste na suposta omissão da Compesa, no momento de definição de seu orçamento-base, na busca por informações mais precisas junto ao mercado sobre os preços unitários dos tubos de aço-carbono e de ferro fundido*". Citando decisão proferida anteriormente pelo Tribunal, o relator apontou que, "a*o elaborar o orçamento que servirá de base para o procedimento licitatório, o gestor tem o dever de se balizar em pesquisas do mercado local, considerando adequadamente os descontos possíveis em face da escala da obra*", e que, portanto, *"há que se considerar a natural ausência de um 'redutor' (descontos para compras em grande escala) em qualquer sistema de preços referenciais unitários".* Para o relator, "*foram identificadas graves deficiências no orçamento, em virtude de este não considerar adequadamente os ganhos de escala, ignorando as possibilidades de significativas reduções nos custos de fornecimento de materiais e equipamentos, oriundas de negociações diretas com fabricantes ou grande revendedores. A falta de coerência não estaria, portanto, em qualquer sistema de referência que fosse adotado, mas sim no fato de que o gestor demonstra não entender as limitações de aplicação de tais sistemas, tratando a elaboração do orçamento de uma grande obra como se fosse o de uma obra de menor porte. Tal procedimento é inaceitável do ponto de vista técnico-econômico e jurídico*". Considerando que as circunstâncias fáticas geraram um orçamento-base superestimado, o relator votou pela negativa de provimento aos pedidos de reexame apresentados, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 157/2009-Plenário. ***Acórdão n.º 3059/2010-Plenário, TC-007.657/2008-3, rel. Min. Augusto Nardes, 17.11.2010***.

Uso indevido do convênio quando o objeto levaria à celebração de contrato

Por intermédio de pedido de reexame, a recorrente pretendia desconstituir irregularidade que lhe fora atribuída anteriormente, em período no qual respondia como Chefe do Departamento de Planejamento e Avaliação do Turismo (Depat), da Secretaria Nacional de Políticas de Turismo do Ministério do Turismo (MTur). A responsável manifestara-se favoravelmente à celebração de convênio entre o Ministério do Turismo e a Sociedade Sul-Riograndense de Apoio ao Desenvolvimento de Software, quando o instrumento correto a ser aplicado era o contrato, a ser celebrado após regular licitação, conforme decidido pelo Tribunal. A referida responsável assim procedeu, mesmo diante de manifestação da área de convênios do Ministério, apontando a impropriedade desse instrumento para a aquisição pretendida. Nesta fase processual, o relator, ao examinar os argumentos apresentados pela recorrente, expôs que a figura do convênio seria "*visivelmente imprópria para abrigar o relacionamento que prevaleceu entre as partes, que objetivou, basicamente, o desenvolvimento de sistema informatizado para gestão e acompanhamento do Plano Nacional de Turismo*". Além disso, "*o instrumento do convênio é aplicável nos casos de apoio que a administração deseja prestar a ações desenvolvidas pelos convenentes no seio da própria sociedade, pela sua relevância e utilidade. Não se presta à criação de 'ferramenta gerencial', no dizer da recorrente, de uso exclusivo do MTur*". Ainda para o relator, na espécie, "*o que houve foi a terceirização do gerenciamento do conjunto de ações previstas no objeto do convênio, grande parte delas executadas mediante subcontratação de outros prestadores de serviços*". Segundo o relator, a contratação da gerenciadora tratou-se, na verdade, de dispensa de licitação

imotivada. Neste ponto, votou pelo não provimento do recurso, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 3074/2010-Plenário, TC-016.581/2006-6, rel. Min. Augusto Nardes, 17.11.2010***.

A exigência de certidão negativa de débitos salariais, para fim de habilitação, não encontra amparo legal

Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades perpetradas pela Superintendência Regional da Conab do Rio Grande do Norte – Conab/RN, na condução do Pregão Eletrônico CONAB/SUREG-RN nº 06/2010, em razão da inabilitação da representante por descumprimento de exigência editalícia indevida, qual seja, a apresentação de certidão negativa de débito salarial. O relator, ao acolher a análise empreendida pela unidade técnica, destacou que "*a exigência da certidão negativa de débitos salariais não possui amparo legal, conforme entendimento deste Tribunal*". Todavia, considerando a informação prestada pelo dirigente da Conab/RN de que o modelo de edital utilizado fora extraído do **site** da própria Companhia, a partir de certame licitatório promovido anteriormente, o relator concluiu pela ausência de má-fé do referido dirigente. Assim, votou pela expedição de alerta à Conab para futuros procedimentos licitatórios, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos n.os 697/2006-Plenário e 434/2010-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 3088/2010-Plenário, TC-026.076/2010-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 17.11.2010***.

A "reserva técnica" é admissível na planilha de preços, desde que limitada ao percentual de 2,5%

Representação oferecida ao TCU noticiou supostas irregularidades na condução da Concorrência Pública n.º 80/2006, realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, cujo objeto constituiu-se na contratação de empresa especializada na execução de serviços de engenharia nas atividades de assessoria e suporte técnico, operação, implantação e manutenção dos sistemas e equipamentos de telecomunicação, sistema de som e imagem e sistema de captação e de distribuição de som e imagem de TV. Dentre tais irregularidades, constou a presença do item de custo denominado "reserva técnica" na planilha de composição de preços, o que, de acordo com a unidade técnica, teria ocasionado, junto com outros fatores, superfaturamento no contrato celebrado. Desse modo, propôs a unidade instrutiva que o TCU determinasse ao DNIT que se abstivesse de prever, ou mesmo aceitar, propostas de preços contendo custos relativos a esse item. O relator discordou da proposta técnica, uma vez que, "*segundo define a IN nº 02/08, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - MPOG, a constituição de reserva técnica se presta para arcar com possíveis custos decorrentes de substituição de mão-de-obra quando da ocorrência de atrasos ou faltas que não sejam amparadas por dispositivo legal e, ainda, abonos e outros, de forma a assegurar a perfeita execução contratual. Este custo é calculado para cobertura não discriminada no cálculo da remuneração mediante incidência percentual sobre o somatório da remuneração, encargos sociais e trabalhistas e insumos de mão-de-obra*". Nesse sentido, ainda conforme o relator, estudos conduzidos pelo TCU admitiram a presença desse item na formação dos custos, desde que no percentual máximo de 2,5% e destinado a gastos com pagamento de férias, aviso prévio e décimo terceiro salário para substitutos; encargos sociais incidentes sobre remuneração dos empregados habituais no caso de recebimento de auxílio enfermidade ou auxílio acidente de trabalho, por mais de quinze dias; encargos sociais incidentes sobre remuneração das empregadas habituais beneficiárias do auxílio maternidade; indenização adicional dos substitutos; e FGTS nas rescisões sem justa causa dos substitutos. Todavia, como no caso do contrato do DNIT, o percentual do item "reserva técnica" fora de 5,4%, o relator votou por que se determinasse à entidade que, "*caso decida pela manutenção dessa parcela específica de custo em suas contratações de serviços terceirizados, ajuste o seu percentual ao patamar máximo mencionado*", no que contou com a anuência do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1753/2008-Plenário e 1851/2008-2ª Câmara. ***Acórdão n.º 3092/2010-Plenário, TC-026.790/2006-0, rel. Min. José Jorge, 17.11.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Possibilidade do aproveitamento de licitação anterior

Representação formulada ao Tribunal apontou possíveis irregularidades na execução de obras rodoviárias no Estado do Paraná, a cargo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. Dentre elas, constou o aproveitamento de licitação anterior (Concorrência Internacional nº 2/1999), cuja contratação não chegou a se concretizar. Para a unidade técnica, o procedimento estaria à margem da lei, não havendo justificativas para tanto. Em consequência, propôs aplicação de multa aos responsáveis, proposta da qual dissentiu o relator, por não estar plenamente convicto da gravidade do fato. Para ele, "*não se trata do*

procedimento ideal, pois o mais adequado seria a realização de uma nova licitação". Entretanto, ponderou que "*o aproveitamento dos procedimentos do certame não pode ser de todo condenável*". Considerou, ainda, que a medida pode até ser vista como "*uma iniciativa aceitável e bastante razoável, tendo em vista: i. a ausência de óbice legal; ii. o fato de a obra estar concluída; iii. não ter havido qualquer manifestação contrária por parte de outras firmas interessadas; iv. não ter resultado, dessa ação, prejuízo ao erário; v. ter sido expedido o devido parecer favorável do órgão jurídico para o aproveitamento do certame; vi. ter ocorrido a emissão de nova autorização do ordenador de despesa em face à existência de recursos suficientes no orçamento*". Acresceu que "*se, porventura, houve ofensa aos princípios da legalidade, da isonomia e da transparência, como assevera a unidade técnica"*, por outro lado, *"outros princípios de igual relevância foram preservados, como os da economicidade, da razoabilidade e da finalidade, princípio este, aliás, pelo qual se entende que a norma administrativa, no caso, o estatuto das licitações, deve ser interpretada e aplicada de forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige*". Ao final, o relator votou pela improcedência da representação, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 7669/2010-1ª Câmara, TC-013.354/2006-4, rel. Min. Augusto Nardes, 16.11.2010***.

Contrato de depósito e caracterização de pagamento antecipado

Mediante recurso de reconsideração, ex-Prefeito de Parnaíba-PI demonstrou sua irresignação com o Acórdão nº 1.029/2008-1ª Câmara, proferido em sede de tomada de contas especial, julgadas irregulares em razão de diversas impropriedades na execução do Convênio nº 1750/1994, cujo objetivo era dar apoio técnico e financeiro à implementação do Programa de Atendimento aos Desnutridos e às Gestantes de Risco Nutricional. Naquela oportunidade, verificou-se que o aludido responsável autorizou o pagamento antecipado da íntegra do valor contratado, após assinatura de "termo de fiel depositário", baseado no art. 1.265 do Código Civil vigente à época. Na presente etapa processual, os argumentos apresentados pelo ex-Prefeito, segundo o relator, não foram suficientes para justificar a alteração da decisão anteriormente proferida pelo Tribunal. Ainda para o relator, "*o contrato de depósito não configura meio adequado para assegurar o adimplemento do convencionado com a Administração Pública",* sendo que a jurisprudência do TCU é no sentido de "*considerar ilegal esse procedimento, visto que caracteriza a ocorrência de liquidação sem o efetivo recebimento do bem, contrariando o disposto no art. 63, § 2º, inciso III, da Lei nº 4.320/1964, que estabelece ser indispensável a comprovação da entrega do material para que haja a liquidação da despesa por fornecimentos feitos*.". Tal procedimento "*é vantajoso apenas para o fornecedor, que recebe o pagamento sem contrapartida alguma. Para o Poder Público, resta somente o dispêndio e o ônus de, eventualmente, ter que ingressar com ação no Judiciário para coagir o contratado a cumprir a obrigação estabelecida* (...). *Em nada colabora com os objetivos do programa nutricional pagar de antemão por alimento não transferido, independentemente de haver garantias para entrega futura. Ao contrário, isso cria riscos e ônus desnecessários ao município*". Assim sendo, o relator votou pelo não provimento do recurso, o que contou com a anuência do Colegiado. ***Acórdão n.º 7673/2010-1ª Câmara, TC-005.680/2005-8, rel. Min. José Múcio, 16.11.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

A não verificação da regularidade dos documentos apresentados pelos licitantes pode dar ensejo à responsabilização dos membros da comissão de licitação

Em sede de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa), foram apuradas possíveis irregularidades na execução de convênio firmado com o Município de Santana/AP, cujo objeto consistiu na implementação de ações de controle da malária. Na citação dos três ex-membros da Comissão Permanente de Licitação (CPL) do município, questionou-se, dentre outros atos, o aceite de documentos com data de vigência expirada ou com infringência a dispositivos da Lei nº 8.666/1993. Apenas um dos citados apresentou alegações de defesa, a partir das quais o relator, ao analisar, individualmente, a gravidade das condutas, enfatizou que, "*muito embora não se pudesse exigir desses gestores, na qualidade de membros da CPL, a responsabilidade por atos relativos à elaboração do convite e de seus anexos, não se pode desconsiderar o fato de eles terem habilitado empresas que apresentaram documentação com prazo de validade expirado, pois, uma vez compondo o quorum da comissão, passavam a incidir sobre cada um deles responsabilidades inerentes à função, dentre elas a de verificar a regularidade da documentação apresentada pelos licitantes*". Todavia, deixou o relator de propor aplicação de sanção a um dos ex-membros da CPL, eis que responsável por apenas uma das nove irregularidades examinadas, sendo esta, ainda conforme o relator, de menor gravidade. Quanto aos outros dois ex-membros da CPL, entendeu que, pela

conduta observada, deveriam ter suas contas julgadas irregulares e ser apenados com multa, o que foi acolhido pelo Colegiado. ***Acórdão n.º 6802/2010-2ª Câmara, TC-015.303/2004-8, rel. Min. André Luís de Carvalho, 16.11.2010***.

A inexigibilidade de licitação em razão de fornecedor exclusivo não exime a Administração Pública do dever de justificar o preço contratado

Em sede de tomada de contas especial, restaram configuradas possíveis irregularidades no âmbito da Secretaria de Educação e Cultura do Estado do Tocantins (Seduc/TO), no exercício de 2003, notadamente no que se refere à aquisição de material didático – com recursos federais oriundos do Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos (PEJA) – por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, inc. I, da Lei 8.666/1993 (fornecedor exclusivo). O relator, a despeito de entender não haver irregularidade na aquisição de livros por inexigibilidade de licitação com base no fundamento legal utilizado, ressaltou que "*tal condição não é suficiente para dispensar o gestor da justificativa para os preços contratados*", em face do que determina o art. 26, inciso III, do mesmo diploma legal. Para ele, "*apesar de os fornecedores de material didático terem sido contratados em função de exclusividade relativa, nada impedia a Seduc/TO de efetuar pesquisa de preços em outras praças, ou até mesmo em outros órgãos públicos, já que os livros adquiridos no âmbito do mencionado programa educacional têm distribuição em todo o território nacional. E, nesse sentido, cai por terra a argumentação apresentada pelos defendentes de que a mera exclusividade do fornecedor constituiria obstáculo à realização de tal pesquisa*". Desse modo, o relator propôs a irregularidade das contas dos gestores envolvidos, bem como a aplicação de multa, o que contou com a anuência do Colegiado. ***Acórdão n.º 6803/2010-2ª Câmara, TC-020.500/2006-4, rel. Min. André Luís de Carvalho, 16.11.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 23 e 24 de novembro de 2010
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Celebração de aditivo a contrato extinto e com vigência retroativa
Ao apreciar pedido de reexame interposto por dirigente da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero contra o Acórdão n.º 2.538/2007-Plenário, por meio do qual o recorrente fora multado em razão da *"celebração de termos aditivos a contratos expirados e com vigência retroativa, sem previsão legal"*, a unidade técnica propôs a manutenção da penalidade, sob o argumento de que a prática era generalizada naquela entidade. Para o relator, no entanto, a irregularidade revestia-se de caráter formal e, além disso, a inferência de que a prática era comum na entidade poderia ser questionada, isso porque os dois aditivos assinados após o final do prazo contratual envolveram apenas um contrato, de baixíssimo valor, sem qualquer consequência mais grave para quaisquer das partes. A principal tese da defesa foi no sentido de que o aditamento de prazo não é necessário nos chamados contratos de escopo, em que o objeto é a aquisição de determinado bem ou benfeitoria, a exemplo de uma obra, como no caso concreto. Ainda que *"chancelada pela doutrina"*, o relator não concordou com a tese, não só por contradizer a jurisprudência do TCU, mas também por ser contrária à Lei n.º 8.666/93, cuja disciplina acerca do assunto, prevista no art. 57, veda a duração indeterminada do contrato administrativo, permitindo prorrogação apenas nos casos ali relacionados. Nesse sentido, *"considera-se extinto o contrato que atingiu o termo final do prazo de duração nele fixado. Daí a necessidade de prorrogá-lo, por um dos motivos previstos em lei, ainda durante sua vigência"*. No entanto, consoante o relator, não se poderia deixar de admitir que, de fato, *"para os contratos visando obra certa, essas exigências legais têm apenas o objetivo de evitar a prorrogação indefinida ou abusiva dos*

contratos, sem responsabilização de alguma das partes". Para ele, o episódio poderia ser atribuído à negligência administrativa na gestão de contratos se realmente ocorresse de forma generalizada em todos os ajustes, mas esse *"não é o caso em pauta, sem dúvida"*. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu dar provimento ao recurso. ***Acórdão n.º 3131/2010-Plenário, TC-008.318/2005-9, rel. Min. Augusto Nardes, 24.11.2010***.

Exigência de índices de qualificação econômico-financeira destoantes da realidade do mercado
Relatório de levantamento de auditoria nas obras de construção de ponte sobre o Rio Acre, na BR-317, apontou diversas irregularidades, entre elas a exigência, no edital da Concorrência n.º 15/2004, de ILG igual ou superior a 2. Os responsáveis pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Acre – Deracre defenderam a relevância e a complexidade da obra, bem como que os índices adotados teriam sido devidamente motivados no processo. A unidade técnica propôs a rejeição dos argumentos, pontuando que as especificidades da obra, situada em local de fácil acesso, viabilizado por rodovias asfaltadas, não requeriam exigência tão estrita. Em seu voto, o relator reconheceu que a exigência de ILG igual ou superior a dois *"soa realmente como bastante excessiva. Recorrendo apenas à intuição, é difícil imaginar que parte relevante de um universo de potenciais empresas interessadas em uma licitação possua créditos de curto e longo prazo mais de duas vezes superiores às suas dívidas."*. Por isso, o índice utilizado pelo Deracre *"pode ser considerado não usual"*. No entanto, para o relator, no presente caso, não teria sido apontado o dano efetivo causado à competição pela exigência em questão, em termos de número de participantes do certame, embora *"seja válida a observação de que o dano se reflete principalmente na desistência de prováveis interessados, que é um dado não mensurável"*. Reconhecendo que a obra, pela sua importância e complexidade técnica, demandava cuidados especiais na definição do universo de potenciais licitantes, o relator votou por que fosse tão somente expedida determinação ao Deracre no sentido de que, *"ao adotar índices mínimos de liquidez que se afastam dos valores utilizados na administração pública, assim entendidos aqueles próximos à unidade, no caso do Índice de Liquidez Geral, em seus editais de licitação para execução de objetos financiados com recursos federais, proceda a ampla demonstração do cabimento da escolha, inclusive mediante estudo da realidade das empresas potencialmente interessadas no objeto da licitação"*. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedente citado: Acórdão n.º 170/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 3133/2010-Plenário, TC-006.861/2005-8, rel. Min. Augusto Nardes, 24.11.2010***.

Itens novos em contratação de obra pública: adoção dos preços unitários dos sistemas de referência
Ao apreciar relatório de levantamento de auditoria nas obras de adequação/duplicação da BR-101/Sul, no trecho compreendido entre Palhoça/SC e a Divisa SC/RS, o Tribunal, por meio do Acórdão n.º 3.003/2009-Plenário, determinou ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit a adoção das seguintes providências: *"9.2.2. encaminhe a este Tribunal, no prazo de 15 (quinze) dias, demonstrativo da compatibilidade do preço unitário do serviço 'espalhamento de solos moles' - incluído no Contrato nº TT-189/2004-0 (Lote 27) em decorrência da 3ª revisão de projetos - aos parâmetros de mercado, promovendo os devidos ajustes na composição de custo unitário utilizada como referência [...]; ou adotando outra composição do Sicro, como referência, que eventualmente mais se adéque ao caso em questão [...]; 9.2.3. após o cumprimento da medida indicada no subitem anterior, em se mantendo o indício de sobrepreço apontado nos autos, adote as providências cabíveis com vistas à recomposição do dano ao erário, em virtude dos pagamentos superfaturados referentes ao item 'espalhamento de solos moles', seja por meio de repactuação contratual, se houver saldo, ou da instauração da competente tomada de contas especial [...]."* Em resposta, reconheceu o Dnit a necessidade de se reduzir o preço unitário do serviço, mediante substituição dos custos dos insumos da contratada pelos custos médios dos insumos ofertados pelos licitantes. A unidade técnica rejeitou as contrarrazões oferecidas pelo Dnit e propôs novo preço de referência para o serviço, tomando-se como parâmetro o preço-base adotado pelo Dnit para o item *"espalhamento de solos moles"* no Lote 28 da Concorrência n.º 03/02-00, em R$ 0,86/m^3 (data-base: agosto de 2003). Sobre esse valor, a unidade técnica aplicou o desconto global concedido pela contratada em relação ao valor orçado pela autarquia, o qual fora de 32%. Assim, o novo preço unitário a considerar-se como parâmetro de mercado seria de R$ 0,58/m^3 (data-base: agosto de 2003). Pretendia a unidade técnica, com a adoção desse procedimento, evitar a consumação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, medida que estaria em conformidade com a orientação emanada das Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO's) para os exercícios de 2009, 2010 e 2011. De acordo com o relator, a regra estabelecida nas recentes LDO's visa à manutenção do percentual de desconto global ofertado pela contratada sobre o preço orçado pela Administração com base nos custos dos sistemas de referência (Sinapi e Sicro), em decorrência de

modificações introduzidas por termos de aditamento. Desse modo, a aplicação do aludido regramento depende da verificação exata do balanço contratual após as alterações, *"o que não é possível apenas pelo exame de um item da planilha, como é o caso"*. Segundo o relator, a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que itens novos em contratação de obra pública devem ter como limite os preços unitários dos sistemas de referência, prioritariamente o Sinapi e o Sicro. Nesse contexto, a metodologia apresentada pela unidade instrutiva, baseada em preço unitário constante do orçamento-base do Dnit, *"amolda-se à jurisprudência deste Tribunal"*, à exceção da questão atinente ao desconto global ofertado pela contratada na licitação. Ao final, o relator votou pela fixação de prazo ao Dnit para promover, no que se refere ao Contrato n.º TT-189/2004 (Lote 27), previamente ouvida a contratada, a repactuação do preço unitário do item *"espalhamento de solos em bota-fora"*, limitando-o a R$ 0,86/m^3 (data-base: agosto de 2003), sem prejuízo de a entidade adotar as providências necessárias com vistas ao ressarcimento do débito, por meio de descontos em faturas vincendas, se houver saldo contratual, ou pela instauração de tomada de contas especial. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 394/2003, 172/2004, 1.755/2004, 468/2006, 554/2008, 1.663/2008 e 993/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 3134/2010-Plenário, TC-006.551/2008-0, rel. Min. Augusto Nardes, 24.11.2010***.

Exigência de comprovação de rede credenciada apenas na fase de contratação e não para fim de habilitação no certame
Por meio de representação, foi solicitada ao TCU a suspensão cautelar do Pregão Eletrônico n.º 387/2010, realizado pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A. com vistas à contratação de empresa especializada para prestar *"serviço de fornecimento de créditos através de Cartões Refeição, Alimentação e Refeição de Hora Extra, a serem utilizados pelos empregados da companhia energética, em rede credenciada, nos termos do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT"*. A representante alegou que a exigência de qualificação técnica contida no item 4.1.1.5.1.1 do edital constitui restrição ao caráter competitivo do certame, na medida em que deles exige prévia comprovação de rede de estabelecimentos credenciados no Estado do Amazonas, mediante relação escrita, com indicação de razão social, CNPJ e endereço. Além de contrária à jurisprudência do TCU, a exigência afasta a participação de empresas que atuam em outras regiões do Brasil, pois *"somente as da localidade têm como provar, até a data da sessão pública, que possuem rede de estabelecimentos credenciados nos locais indicados"*. Por meio de despacho, foi determinada a suspensão cautelar do Pregão Eletrônico n.º 387/2010, com a abertura de prazo para que os gestores se pronunciassem a respeito do provimento cautelar. Em sua manifestação, o Diretor-Presidente da entidade ponderou que se fazia necessária uma garantia de que a futura empresa contratada seria capaz de cadastrar um número razoável de estabelecimentos, observando as peculiaridades da região. Na sequência, no entanto, disse textualmente concordar com a exclusão da referida exigência, *"a fim de evitar qualquer dúvida em relação à competitividade do certame"*. Assim sendo, nos termos do voto do relator, decidiu o Plenário revogar a medida cautelar e, já com vistas ao novo certame, determinar à entidade que faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada apenas na fase de contratação, com estabelecimento de um prazo razoável para que a vencedora da licitação credencie os estabelecimentos comerciais das localidades onde os empregados da estatal estejam lotados. ***Acórdão n.º 3156/2010-Plenário, TC-028.280/2010-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 24.11.2010***.

Realização de concurso de projetos para seleção de OSCIP
Representação oferecida ao TCU apontou indícios de irregularidades no Termo de Parceria n.º 06/2005, celebrado entre a Fundação Nacional do Índio (Funai) e a OSCIP Via Pública, cujo objetivo era a *"formação de vínculo de cooperação entre as partícipes, para fomento e execução de atividades de promoção da cultura, da ética e dos direitos fundamentais dos índios e das comunidades indígenas localizadas em território nacional, por meio da execução direta e do apoio de gestão institucional dos projetos delineados [...]"*. No que tange à *"celebração do acordo sem que houvesse motivação para a escolha da OSCIP Via Pública"*, foram ouvidos em audiência: a) Coordenador-Geral de Assuntos Externos, por ter proposto a formalização da avença; b) Ordenador de despesa, por ter formalizado a parceria; c) Procurador-Geral da Funai, por ter exarado parecer favorável à celebração do acordo. Este último argumentou que a realização de concurso de projetos para seleção da OSCIP seria facultativa, em razão do que dispõe o art. 23 do Decreto n.º 3.100/1999. O relator entendeu que o parecer jurídico exarado pelo Procurador-Geral da Funai não apresentou tese jurídica absurda, em desencontro com a jurisprudência do TCU e com o normativo tomado como parâmetro, isso porque, *"enquanto não alterado o decreto regulamentador da parceria, são possíveis os dois caminhos, ou seja, o da seleção de projetos e o da contratação direta"*. Todavia, no caso concreto,

em face da constatação da unidade técnica de que não teriam sido indicadas as razões de *"não se promover seleção pública nem as vantagens de se optar pela Via Pública"*, o relator concluiu que, embora não lhes fosse compelida a realização de concurso de projetos, a escolha direta da OSCIP para a celebração de parceria que compreende a realização de atividades de interesse público a serem alcançados com apoio do parceiro privado *"necessita de prévia justificativa"*. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, o Plenário decidiu acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, sem prejuízo de determinar à Funai que, enquanto não implementada a medida recomendada no subitem 9.4 do Acórdão n.º 1.777/2005-Plenário *("determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República que avaliem a inclusão em normativo próprio de dispositivo que obrigue a aplicação do critério de seleção de Oscip previsto no art. 23 do Decreto n.º 3.100/99 em toda e qualquer situação")* e sempre que a escolha da OSCIP a celebrar termo de parceria não se dê na forma de concurso de projetos, observe, nas futuras celebrações desses termos: a) *"a necessidade de justificar a decisão de não realização de concurso de projetos e de opção pela escolha e contratação direta de Oscip"*; b) *"a necessidade de fazer constar nos autos do processo administrativo as justificativas de ordem técnica e operacional que levem à conclusão de ser adequada a celebração do contrato de parceria com a entidade escolhida e que indiquem ser ela capacitada para a execução do objeto do ajuste"*. Outrossim, deliberou o Pleno no sentido de alertar à Funai que: I) *"certifique-se, antes da celebração de termos de parceria, da capacidade técnica e operacional da entidade para execução do objeto do ajuste, conforme artigo 27, inciso II, do Decreto 3.100/99"*; II) *"inclua, nos termos de parceria firmados, as cláusulas essenciais elencadas no art. 10, § 2º, inciso I, da Lei 9.790/99, a exemplo das que tratam do objeto, da estipulação de metas e resultados e dos critérios de avaliação de desempenho a serem utilizados, abstendo-se de permitir a entrega de 'plano de trabalho detalhado' em momento posterior à assinatura da avença, como ocorrido no Termo de Parceria 6/2005"*; III) *"exija dos parceiros privados, ao firmar termos de parceria, a publicação do extrato de execução física e financeira prevista no art. 18 do Decreto 3.100/99"*; IV) *"atente para a exatidão dos dados constantes nas prestações de contas encaminhadas pelas entidades recebedoras de recursos repassados a título de transferência voluntária, abstendo-se de aprová-las caso estejam em desacordo com o disposto na Portaria Interministerial MF/MPOG/CGU 127/2008 e no Decreto 3.100/99, conforme o caso"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 1.777/2005-Plenário e 440/2010-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 3125/2010-Plenário, TC-016.443/2006-0, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 24.11.2010***.

Necessidade da redução do montante contratado em decorrência da indevida inclusão do IRPJ e da CSLL na planilha contratual

Por meio do Acórdão n.º 1.119/2010-Plenário, o Tribunal fixou prazo para que a Secretaria de Infraestrutura do Rio Grande do Norte e a Companhia Estadual de Habitação e Desenvolvimento Urbano – Cehab/RN adotassem providências relativas ao Contrato n.º 039/2008-SIN, firmado com a empresa Dois A Engenharia e Tecnologia Ltda., destinado à construção de unidades habitacionais em Natal/RN, *"no tocante às parcelas pagas e a pagar, devendo ser encaminhados a este TCU, no mesmo prazo, documentos comprobatórios das medidas implementadas"* pertinentes à *"regularização dos itens indevidamente considerados como BDI, a seguir discriminados: [...] os tributos IRPJ e CSLL, que devem deixar de integrar o cálculo do LDI e a planilha de custo direto, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que oneram pessoalmente o contratado, não devendo ser repassados à contratante"* (subitem 9.1.2 do acórdão). Além de constatar que o IRPJ e a CSLL teriam sido, ao final, excluídos do BDI, a unidade técnica acenou no sentido de que a inclusão daqueles tributos no BDI orçado não ocasionara sobrepreço. Reportando-se, ainda, ao voto condutor do Acórdão n.º 1.034/2010-Plenário, a unidade instrutiva asseverou que *"não há motivo para se determinar a redução do montante contratado em decorrência da inclusão do IRPJ e da CSLL"* quando presentes, simultaneamente, as três premissas relacionadas a seguir: I) *"não haver sobrepreço por excesso de valor nas cotações dos itens unitários"*; II) *"o BDI estar dentro das margens de aceitabilidade definidas por esta Corte de Contas"*; e III) *"a redução do BDI causar alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato"*. O relator concordou com a unidade técnica, uma vez que *"o BDI, livre da 'Administração Local' e da 'Mobilização e Desmobilização', é igual a 16,5%, praticamente no limite inferior da faixa considerada adequada – 16,36% –, nos termos do Acórdão n. 325/2007 – Plenário. Por último, caso a empresa deixasse de declarar o IRPJ e a CSLL, mas, em relação ao lucro, o fizesse com percentual de 7,28%, em vez de 5%, não se poderia dizer que aquele percentual seria excessivo"*. Assim sendo, o relator propôs e o Plenário decidiu tornar insubsistente o subitem 9.1.2 do Acórdão n.º 1.119/2010-Plenário. ***Acórdão n.º 3165/2010-Plenário, TC-000.275/2010-7, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 24.11.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Obrigatoriedade da consulta ao CADIN antes da formalização do contrato
Por intermédio do Acórdão n.º 3695/2009-1ª Câmara, o Tribunal expediu a seguinte determinação ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES: *"1.5.1.1. promova, quando da formalização dos processos licitatórios e contratos, as pesquisas prévias no Cadin, em respeito ao art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002, devendo, ainda, serem anexadas as comprovações da pesquisa;"*. Contra essa decisão o aludido banco interpôs recurso de reconsideração, sob o argumento de que *"a consulta ao CADIN, em matéria de licitações e contratos administrativos, dada a inexistência de sanções ou impedimentos relacionais, não possui qualquer efeito prático"*. Ao examinar o recurso, o Ministério Público junto ao TCU aduziu que, com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn n.º 1.454-4/DF, a discussão encontra-se superada, no sentido de que a obrigatoriedade da consulta não significa proibição de contratar com aqueles que constam do cadastro. Além disso, *"a ausência ou não de consulta ao CADIN não necessariamente levará a contratações de empresas ou entidades que constem daquele cadastro, desde que, no mínimo, tais contratações avaliem previamente a regularidade fiscal dos interessados, nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.666/93; do artigo 3º, § 2º, incisos III, alínea a, e V do Decreto nº 6.170/2007 e do artigo 18, inciso VI, da Portaria MP/MF/MCT 127/2008, dentre outros dispositivos. Nesse contexto, embora a consulta ao CADIN possa parecer inócua é obrigatória por Lei. E mesmo considerando que o simples fato de constar do cadastro não seja, isoladamente, um fator impeditivo para a celebração de contratos ou outros ajustes com a Administração Pública, a consulta poderá auxiliar na verificação das informações prestadas pelos administrados e pelos demais órgãos da Administração, em especial as constantes em certidões e declarações. [...] com base na literalidade do dispositivo legal que fundamentou a determinação atacada, diferentemente do entendimento manifestado pela unidade técnica, o MP/TCU entende que deve ser provido parcialmente o recurso apresentado, no sentido de reformar o Acórdão recorrido e excluir da determinação contida no subitem 1.5.1.1 a expressão 'processos licitatórios' [...]"*. O relator anuiu às considerações do *Parquet* especializado, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 7832/2010-1ª Câmara, TC-015.130/2006-0, rel. Min. Valmir Campelo, 23.11.2010***.

Contratações sem prévio processo licitatório: 1 - Realização de dispensas de licitação em detrimento do mero aditamento do contrato
Ao examinar a prestação de contas do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac, Administração Regional/PB, referente ao exercício de 2005, a unidade técnica promoveu a audiência do Diretor Regional da entidade quanto à *"utilização de procedimentos não enquadrados nas modalidades de licitação, tais como pesquisas de preços e consultas por telefone com ofensa ao Regulamento de Licitações e Contratos do Senac/PB"*. O responsável esclareceu que a planilha de controle de processos de compras da entidade continha, equivocadamente, algumas anotações com a sigla CPT (consulta por telefone), o que não configurava, na verdade, modalidade licitatória e sim casos de dispensa de licitação, uma vez que nenhuma das aquisições ultrapassara o limite de R$ 45.000,00, estabelecido, para essa finalidade, por meio do art. 6º, inciso II, da Resolução Senac n.º 4/2003. Com efeito, os gastos mencionados a título de fracionamento compreendiam os valores de R$ 32.889,45 e R$ 4.782,10, destinados a reformas no Centro de Educação Profissional localizado no centro de João Pessoa/PB, e de R$ 10.472,89, para a restauração do forro de gesso, pintura, reposição de piso e reestruturação da rede elétrica de outra unidade operacional. Todos esses serviços perfaziam R$ 48.144,44 e foram contratados junto à Construtora Nedan Ltda., que havia sido selecionada, mediante licitação, para a reforma do Centro de Educação Profissional, no valor originário de R$ 203.655,46. De acordo com a unidade técnica, não houve fracionamento, uma vez que essas três dispensas poderiam ter sido evitadas com o mero aditamento do contrato de reforma, o qual comportaria acréscimo de aproximadamente R$ 50.000,00, correspondente a 25% do contrato. Segundo a unidade instrutiva, o fato de terem sido realizadas as dispensas, com a apresentação de pelo menos três propostas de empresas do ramo, poderia ser visto como tentativa da administração de manter ou até diminuir os preços do contrato originário. Para o relator, não tendo sido detectado aumento de custos dos itens contratados por dispensa, em relação ao contrato original, poderiam ser aceitas as justificativas do responsável. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu determinar ao Departamento Regional do Senac/PB que, quando houver necessidade de acrescentar serviços a uma obra em execução, observe as seguintes orientações: I) *"se houver interesse da Entidade em que a mesma empresa faça esses novos serviços nas mesmas condições do contrato vigente, providencie o seu aditamento, observando os limites estabelecidos pelo Regulamento de*

Licitações e Contratos do Senac"; e II) *"se não houver interesse da Entidade no aditamento ou se for ultrapassado o limite regulamentar, providencie nova contratação, precedida de procedimento licitatório na modalidade prevista para o total da obra (valor das contratações anteriores somado ao valor dos novos serviços)"*. ***Acórdão n.º 7821/2010-1ª Câmara, TC-014.407/2006-4, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 23.11.2010***.

Contratações sem prévio processo licitatório: 2 - Necessidade da comprovação da pesquisa de preços de mercado a, pelo menos, três potenciais fornecedores

Outra suposta irregularidade envolvendo a prestação de contas do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac, Administração Regional/PB, referente ao exercício de 2005, foi a *"ausência de pesquisa de preços no processo de dispensa de licitação para contratação de empresa para adequar o elevador ao transporte de portadores de necessidades especiais, com ofensa ao art. 37 da Constituição Federal"*. Em sua instrução, a unidade técnica formulou proposta no sentido de que o Tribunal determinasse à aludida entidade a realização da pesquisa de preços de mercado a potenciais fornecedores nas hipóteses de dispensa de licitação. O relator, no entanto, consignou que o Senac, por ser instituído como Serviço Social Autônomo, possui normativo próprio para licitações e, segundo entendimento do próprio TCU, em razão de gerenciarem recursos públicos, as entidades do Sistema "S" devem observar os princípios constitucionais gerais a ela aplicáveis. Nesse sentido, não obstante o Regulamento de Licitações do Senac/Nacional não conter disposições sobre a escolha dos fornecedores na hipótese de dispensa de licitação, *"a seleção deve ser motivada, como todo e qualquer ato administrativo"*. Ademais, ao optar por um fornecedor, *"o administrador deve buscar a economicidade da aquisição, ainda que o valor da compra/contratação não imponha a realização de um procedimento licitatório"*. Ao final, o relator propôs e o Colegiado decidiu recomendar ao Conselho Nacional do Senac que insira no seu Regulamento de Licitações e Contratos, se ainda não o fez, a exigência de que, em casos de dispensa de licitação, seja comprovada, no respectivo processo, a pesquisa de preços de mercado a, pelo menos, três potenciais fornecedores. ***Acórdão n.º 7821/2010-1ª Câmara, TC-014.407/2006-4, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 23.11.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Contratação, por inexigibilidade de licitação, para elaboração de projeto de esgotamento sanitário

Em razão da contratação da elaboração do Projeto de Despoluição dos Recursos Hídricos – Sistema de Esgotamento Sanitário com Tratamento no Rio do Peixe, por inexigibilidade de licitação, em face de notória especialização da empresa contratada, mas sem a observância dos demais requisitos insertos no art. 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, foi instaurada tomada de contas especial em desfavor do ex-prefeito do Município de Tanquinho/BA. Instado a se manifestar, o ex-prefeito ponderou *"não ser um projeto qualquer, sendo o serviço, pelas próprias características, de natureza nitidamente singular, pois não é qualquer empresa que se acha habilitada para realizá-lo; ademais, a natureza singular prevista no inciso II do art. 25 não se confunde com exclusividade, pois se esse fosse o objetivo da norma a inexigibilidade seria baseada no inciso I e não no II. Em complemento alegou que [...] o próprio art. 13, I, define como serviço técnico especializado a elaboração de projetos, de maneira que a interpretação jurídica dada pelo TCU mostra-se excessivamente rigorosa."*. De acordo com o relator, não era cabível a inexigibilidade prevista no art. 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, uma vez que a singularidade do projeto e a notória especialização da contratada não restaram evidenciadas. No entanto, deixou de acolher a proposta técnica de aplicação de multa ao responsável, uma vez que, além de ter sido comprovada a efetiva execução do objeto pactuado, a própria unidade instrutiva não apontou indícios de que os valores pagos foram destoantes dos praticados no mercado, de modo que *"a falha material consubstanciada na indevida contratação direta, por estar isolada, pode ser considerada como de menor gravidade"*. Assim sendo, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu julgar regulares com ressalvas as contas do ex-prefeito e expedir alerta ao Município de Tanquinho/BA, para futuras contratações com recursos públicos federais. ***Acórdão n.º 7082/2010-2ª Câmara, TC-020.553/2004-1, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 23.11.2010***.

Pregão para fornecimento anual de Vale Alimentação, na forma de cartão magnético: 1 - Exigência, para fim de habilitação, da apresentação de relação de estabelecimentos credenciados

Representação formulada ao TCU apontou a existência de possíveis restrições no edital do Pregão Eletrônico n.º 020/2010, conduzido pela Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncroton – ABTLuS (organização

social) e destinado à *"prestação de serviço para fornecimento anual de Vale Alimentação, na forma de cartão magnético, para proporcionar aos funcionários da ABTLuS poder de compra de alimentação em estabelecimentos comerciais"*. Conforme apontado pela representante, a exigência atinente à *"apresentação de relação de estabelecimentos credenciados como critério de habilitação"* seria restritiva à competitividade do certame. De acordo com o relator, o TCU já se posicionou no sentido de que não constitui irregularidade, em licitações da espécie, a exigência, ainda na fase de habilitação, de listas de estabelecimentos já previamente credenciados pela licitante interessada, com um número mínimo fixado, *"pois constitui o próprio objeto da licitação"*. O relator deixou assente, ainda, que, de acordo com informações já coletadas pelo Tribunal, alguns processos de credenciamento demoram em média até noventa dias para serem concluídos, além de dependerem do interesse do estabelecimento. Asseverou, também, que as normas de licitação *"devem ser interpretadas com foco no aumento da participação de todos os interessados. Todavia outra prioridade deve ser o interesse da administração, conjugado com a finalidade da contratação"*. Desse modo, a definição de requisitos essenciais para satisfazer a necessidade dos funcionários no âmbito da prestação de serviços de fornecimento de vale alimentação *"está inserida no campo da discricionariedade do gestor"*. Em consequência, o relator não considerou irregulares os procedimentos adotados pela ABTLuS, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.547/2007, 2.651/2007, 587/2009 e 1.335/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 7083/2010-2ª Câmara, TC-029.278/2010-4, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 23.11.2010***.

Pregão para fornecimento anual de Vale Alimentação, na forma de cartão magnético: 2 - Necessidade de prévio credenciamento em todo o Estado de São Paulo

Outra possível irregularidade apontada no edital do Pregão Eletrônico n.º 020/2010, conduzido pela Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncroton – ABTLuS e destinado à *"prestação de serviço para fornecimento anual de Vale Alimentação, na forma de cartão magnético, para proporcionar aos funcionários da ABTLuS poder de compra de alimentação em estabelecimentos comerciais"*, foi a exigência de que a empresa interessada deveria comprovar a existência de convênios ou contratos firmados *"com estabelecimentos credenciados em todo o Estado de São Paulo (Capital e interior) e principalmente na região metropolitana de Campinas"*. Para o relator, tal requisito *"não se justifica, mostrando-se desarrazoado, uma vez que a entidade contratante possui sede única, em Campinas, sem unidades espalhadas pelo Estado"*. A despeito do cumprimento por parte de três empresas licitantes, *"é possível pensar que essa exigência tenha cerceado a participação de outras interessadas que tivessem forte atuação na região, mas sem alcance em todo o Estado"*. Não obstante, o relator entendeu que seria desarrazoado pugnar pela anulação do credenciamento, uma vez que: a) a representante não impugnou os termos do edital; b) os preços praticados no certame se situaram dentro do valor orçado pela entidade, sem indícios de sobrepreço; c) a anulação do procedimento traria mais prejuízo que benefícios à administração e a seus empregados, tendo em vista que, pelo acordo coletivo assinado, o fornecimento dos vales é devido desde o mês de agosto de 2010; d) não seria razoável uma anulação fundada tão somente em ilações ou suposições de prejuízo ao procedimento de credenciamento, sem prova de sua real existência. Assim sendo, o relator propôs e o Colegiado decidiu tão somente expedir determinação à ABTLuS para futuros procedimentos licitatórios. ***Acórdão n.º 7083/2010-2ª Câmara, TC-029.278/2010-4, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 23.11.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 30 de novembro e 1º de dezembro 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A declaração de inidoneidade aplicada pelo TCU independe do enquadramento da conduta em um dos tipos penais contidos na Lei 8.666/1993

Representação ao TCU informou a ocorrência de supostas irregularidades no Pregão Eletrônico GECOP Nº 2005/0155, realizado pelo Banco do Brasil e cujo objeto era a prestação de serviços de vigilância armada nas dependências do Banco no Estado do Pará. Em função de tal processo, o TCU decidiu declarar a inidoneidade da empresa Falcon Vigilância e Segurança Ltda., para participar, por três anos, de licitações na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU). Inconformada, a empresa intentou pedido de reexame, sendo que a unidade técnica responsável pela análise da matéria, rebatendo as alegações da recorrente em sua peça inicial, propôs que fosse negado provimento ao recurso, para manter inalterado o acórdão recorrido. O Ministério Público junto ao Tribunal – MP/TCU, todavia, divergiu da unidade instrutiva e propôs a insubsistência da decisão anterior, uma vez que a conduta que levara à declaração de inidoneidade da empresa não se amoldaria aos tipos penais especificados nos artigos 90, 93, 95 e 96 da Lei 8.666/1993, o que contou com a concordância do relator originário do feito, Ministro Valmir Campelo, quando da primeira vez em que citado recurso foi à apreciação do Plenário, mas teve o seu julgamento suspenso em face de pedido de vista formulado pelo Ministro Benjamin Zymler. Desta feita, o ministro Benjamin Zymler, em voto-revisor, entendeu assistir razão às análises procedidas pela unidade técnica. Depois de expor os fatos que levaram o TCU, anteriormente, a declarar a inidoneidade da empresa recorrente, o relator, a respeito do fato de a conduta impugnada estar, ou não, enquadrada nos tipos penais estabelecidos na Lei 8.666/93, observou ser outro o fundamento para a apenação da recorrente: o art. 46 da Lei 8.443/1992. O dispositivo, na visão do relator, estabelece "*sanção administrativa, o que não se confunde com os tipos penais do estatuto de licitações*". Para ele, tendo em conta "*o princípio da independência entre as instâncias, as sanções penais e administrativas podem ser aplicadas independentemente e estão sujeitas a diferentes formas de valoração*". Não vislumbrou, em consequência, fundamento para que se afirmasse, "*que o conceito de fraude previsto no art. 46 da Lei 8.443/92 estivesse circunscrito aos ditames previstos nos tipos penais da Lei 8.666/93*", pois, *"caso assim fosse, esta Corte apenas poderia aplicar a referida pena administrativa quando o assunto estivesse resolvido na esfera penal, pois enquanto houvesse dúvidas acerca da subsunção dos fatos aos referidos tipos penais, não poderia a*

pena ser aplicada. Tal entendimento, como visto, vai contra o princípio de independência entre as instâncias". Assim, votou por que se negasse provimento ao recurso de reexame intentado, mantendo-se, em consequência, os exatos termos da decisão anterior. O relator, Ministro Valmir Campelo, reajustou o seu voto para acompanhar o revisor, tendo a matéria sido aprovada por unanimidade pelo Plenário. ***Acórdão n.º 3222/2010-Plenário, TC-003.533/2006-1, rel. Min. Valmir Campelo, revisor Min. Benjamin Zymler, 01.12.2010***.

As contratações diretas amparadas no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 – emergência ou calamidade pública-, podem, excepcionalmente e atendidas determinadas condições, ultrapassar 180 dias
Auditoria foi realizada pelo TCU, com o objetivo de acompanhar as ações governamentais conduzidas pelo Governo do Estado de Pernambuco, para auxiliar a parte do Estado fronteiriça com o Estado de Alagoas no retorno à normalidade, após a ocorrência de intensas e extraordinárias precipitações pluviométricas no final de junho de 2010, as quais levaram o governo pernambucano à decretação de "Situação de Emergência" e "Estado de Calamidade Pública", nos municípios mais afetados, sendo efetuadas diversas contratações emergenciais, com fulcro no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, no bojo da denominada "Operação Reconstrução". Nesse quadro, o Procurador-Geral daquele Estado encaminhou ofício ao TCU, acompanhado de relatórios de diversas áreas do governo estadual, dando conta de que, "*em relação à situação de emergência verificada em Pernambuco, por ocasião das chuvas, diversos fatores implicaram a impossibilidade de conclusão de todas as obras necessárias à restauração da normalidade dentro do prazo legal de 180 dias*.". Foi, então, requerida pelo representante estadual a autorização excepcional para que as contratações emergenciais perdurassem por prazo superior ao limite de 180 dias estabelecido no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, bem como a prorrogação dos contratos em vigor pelo prazo necessário à finalização das obras em andamento, à contratação e ao início das demais obras tidas como essenciais. Ao examinar os fatos, o relator destacou, inicialmente, que, "*não se insere dentre as atribuições constitucionais desta Corte autorizar os entes e/ou gestores jurisdicionados a efetuar contratações ou realizar aditivos contratuais, pois essa é prerrogativa dos gestores. Assim, tais atos administrativos se aperfeiçoam independentemente da atuação do TCU*". Todavia, enaltecendo a preocupação do governo de Pernambuco em prover, com brevidade, as necessidades da região assolada pelas chuvas, o relator enfatizou se estar diante de situação excepcional. Assim, citando jurisprudência do TCU, destacou que, "*o limite de 180 dias para execução de serviços emergenciais, referido no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, pode ser ultrapassado se isso for indispensável para a preservação do bem protegido*". No mesmo sentido, quanto à prorrogação dos contratos firmados diretamente com base no mesmo dispositivo, registrou o relator, amparado em jurisprudência do TCU, que "é *possível, em casos excepcionais, firmar termo aditivo para prorrogar contrato oriundo da dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, por período adicional estritamente necessário à conclusão da obra ou serviço, além do prazo máximo fixado nesse dispositivo legal, desde que essa medida esteja fundamentada na ocorrência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que impossibilite a execução contratual no tempo inicialmente previsto*." Por conseguinte, votou por que se expedisse comunicação ao Governo de Estado de Pernambuco quanto à possibilidade de os contratos firmados com base no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 ultrapassarem o limite de 180 dias contido no dispositivo, desde que cumpridas as condicionantes apontadas, no que contou com a anuência do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 845/2004 e 1941/2007, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 3238/2010-Plenário, TC-019.362/2010-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 01.12.2010***.

Aplica-se a Lei 8.666/1993 nas licitações realizadas com recursos oriundos de empréstimos internacionais, no que não for incompatível com normas eventualmente editadas pelo concedente
Mediante pedidos de reexame, diversos responsáveis manifestaram seu inconformismo com relação à decisão proferida anteriormente pelo TCU, em razão de auditoria realizada na licitação e no contrato para a construção da adutora Alto Oeste/RN. Na oportunidade anterior, o TCU, por meio do Acórdão 1347/2010-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, calculou um sobrepreço de R$ 4,9 milhões no contrato firmado, e, em consequência, determinou a retenção de valores por parte do Ministério da Integração Nacional, bem como aplicou multa a diversos gestores por não terem, dentre outras irregularidades, observado os critérios de julgamento da Lei n.° 8.666/1993. A par disso, foram feitas determinações a serem seguidas em todas as licitações de obras custeadas com recursos federais decorrentes de financiamento obtido junto a organismos financeiros multilaterais, assim como em todas as licitações de obras cujo financiamento tenha sido objeto de garantia da União. Nesta etapa processual, um dos recorrentes defendeu a exclusão ou alteração das determinações anteriores que, a seu sentir, impuseram a adoção de

regras incompatíveis com aquelas adotadas pelo Banco Mundial, nos contratos em que tal instituição conste como financiadora. A unidade técnica, ao examinar a matéria, concordou em parte com os argumentos recursais. Para ela, "*as licitações com recursos oriundos de empréstimo internacional, aprovado pelo Congresso Nacional, regem-se pelas regras estipuladas pelo organismo multilateral, em tudo aquilo que não contrarie a Constituição Federal*". De outro lado, ainda para a unidade técnica, "*as regras federais que regem o procedimento licitatório também teriam plena aplicabilidade se não houver incompatibilidade com as normas editadas pelos organismos multilaterais que regem as licitações decorrentes de seus empréstimos concedidos*". Na espécie, o relator concordou parcialmente com as análises da unidade técnica. Dissentiu, todavia, de determinados encaminhamentos dados, no caso concreto, ajustando-os, conforme seu entendimento. Votou, então, pela insubsistência de alguns itens constantes da deliberação anterior, bem como pelo ajuste na redação de outros, de maneira a adequá-los às conclusões obtidas nesta etapa processual. O Plenário aprovou o voto do relator. ***Acórdão n.º 3239/2010-Plenário, TC-010.801/2009-9, rel. Min. Benjamin Zymler, 01.12.2010***.

Somente a empresa controladora pode se utilizar do art. 24, inc. XXIII, da Lei 8.666/1993, para contratar com sua subsidiária

Representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal – MP/TCU - trouxe notícias acerca de possíveis irregularidades na aquisição, pelo Banco do Brasil S/A, de 30.945 microcomputadores da empresa Cobra Tecnologia S/A por dispensa de licitação, ao preço unitário de R$ 3.374,72. Em instrução inicial, a unidade técnica responsável pelo feito concluiu que os preços estavam dentro de uma média praticada pelo mercado para equipamentos similares, inexistindo, portanto, impedimento para a contratação da Cobra Tecnologia S/A na forma procedida. No entanto, em nova instrução, por conta de determinação do relator originário do feito, a unidade técnica, após a promoção de várias audiências, propôs a rejeição das razões de justificativa apresentadas por diversos responsáveis, com aplicação de multa, por entender irregular a contratação da Cobra Tecnologia pelo Banco do Brasil, tendo como fundamento o art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/1993. Ao examinar a matéria, o relator consignou que, "*a contratação da Cobra Tecnologia S/A mediante dispensa de licitação já foi objeto de diversos processos neste Tribunal, tendo sido verificada a utilização dos incisos VIII, XVI e XXIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 como fundamento legal*". Enfatizou, todavia, que a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que, "*as empresas integrantes da Administração Pública que possam prestar serviços também a particulares (caso em que se submetem a regime jurídico semelhante ao das empresas privadas, conforme disposto no art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal), como é o caso da Cobra Tecnologia S/A, não podem ser beneficiadas com a dispensa de licitação prevista nos incisos VIII e XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93*". Assim, para ele, "*somente o Banco do Brasil S/A, empresa controladora da Cobra Tecnologia S/A, pode contratá-la por dispensa de licitação, com fundamento no inciso XXIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93*". Para isso, ainda de acordo com o relator, "*o preço deve ser compatível com o praticado no mercado, consoante expressamente fixado na referida lei*". Aduziu, também, requisito consagrado na jurisprudência deste Tribunal, de que haja relação de pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem adquiridos e o objetivo institucional ou social da entidade subsidiária e controlada, bem como a regra geral de não ser possível a subcontratação por parte de tal entidade, a partir do fundamento utilizado para sustentar a dispensa de licitação analisada. Assim, votou pelo acolhimento das justificativas apresentadas, com a expedição de determinações ao Banco do Brasil, no sentido de que contemplasse, em seus normativos, regras quanto à contratação da Cobra Tecnologia S/A, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdãos nº 496/99, 314/2001, 869/2006, 2.399/2006 e 1.705/2007, todos do Plenário). ***Acórdão n.º 3219/2010-Plenário, TC-007.049/2004-6, rel. Min. Raimundo Carreiro, 01.12.2010***.

O pagamento de "taxa de sucesso" não encontra amparo na Lei 8.666/1993

Auditoria realizada pelo Tribunal quanto ao uso de recursos federais alocados para o Sistema de Trens Urbanos de Salvador/BA - Trecho Lapa-Pirajá, identificou diversas possíveis irregularidades, dentre elas, a previsão de pagamento à Trends Engenharia e Tecnologia Ltda. de taxa de Sucesso no valor de 1% (um por cento) dos investimentos a serem realizados pela futura concessionária na exploração de linha do Metrô de Salvador. Tal prática, sem amparo legal, implicaria pagamentos sem contraprestação de serviços por parte da empresa, que atuaria como consultora, pois já teriam sido pagos os valores correspondentes a toda a elaboração dos produtos que compuseram o objeto do contrato firmado. Ao abordar a questão, a unidade técnica considerou "*esclarecida a irregularidade, uma vez que a Companhia de Transporte de Salvador decidiu excluir a referida cláusula contratual*", por conta de reunião promovida em 2008. Contudo, o relator

divergiu do encaminhamento dado. Para ele, "*o saneamento da falha atenua a reprovabilidade da conduta, por evitar seus efeitos concretos, mas não retira do mundo jurídico a inclusão indevida, no edital e no contrato, de cláusula destituída de amparo na Lei de Licitações (8.666/1993), na Lei de Concessões (8.987/1995) ou, até mesmo, na Lei de Parceria Público-Privada (11.079/2004)".* Na espécie, considerou que a remuneração pela elaboração dos produtos que compuseram o objeto do Contrato n. 11/2007, havia ocorrido pelo pagamento da quantia acordada. Ainda para o relator, não eximiria os gestores de responsabilização o argumento de que, "*o referido modelo de remuneração da empresa de Consultoria, com participação sobre o valor dos investimentos da concessionária na exploração da linha, teria recebido a aprovação do Banco Mundial*". Para ele, "*não foi apontada qualquer regra do organismo internacional que impusesse a referida forma de remuneração*". Desse modo, manteve o entendimento de que, em linha com a jurisprudência do Tribunal, deveria ser aplicada a Lei 8.666/1993, uma vez que, não havendo disposições específicas em normas do Banco Mundial, ou conflitos com estas, caberia o uso das disposições do regulamento pátrio. Precedentes citados: Acórdãos nos 715/2004 e 1347/2010, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 3264/2010-Plenário, TC-010.535/2008-2, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer, 01.12.2010***.

NOVA SÚMULA

Súmula n.º 262
O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 7 e 8 de dezembro de 2010

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Responsabilidade pela participação, em licitação expressamente reservada a ME e EPP, de sociedade que não se enquadra na definição legal dessas categorias

Representação intentada junto ao Tribunal cuidou de possíveis irregularidades praticadas por empresas que, supostamente, participaram de forma indevida de licitações públicas na condição de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), contrariando a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) e o Decreto 6.204/2007. Neste quadro, foi promovida a oitiva da empresa Comercial Vencini Ltda., pelo fato de, aparentemente, ter-se beneficiado, indevidamente, do enquadramento como pequena empresa. Ao examinar os argumentos apresentados pela empresa, o relator registrou que, "*comprovou-se que seu faturamento bruto era superior ao limite estabelecido para o enquadramento como pequena empresa*" sendo que a empresa não solicitara a alteração de seu enquadramento e ainda participara de procedimento licitatório exclusivo para micro e pequenas empresas, vencendo o certame e beneficiando-se de sua própria omissão. Desse modo, ao não solicitar seu desenquadramento, a empresa beneficiou-se, indevidamente, da condição de ME ou EPP. Em razão disso, votou o relator por que se sancionasse a empresa com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, pelo prazo de seis meses, sem prejuízo de ementar o entendimento de que "*a participação em licitação expressamente reservada a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadra na definição legal reservada a essas categorias, configura fraude ao certame*". Precedentes citados: Acórdãos 1028/2010, 1972/2010, 2578/2010 e 2846/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 3381/2010-Plenário, TC-008.721/2010-6, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 08.12.2010***.

Consequências, para a contratada, do não cumprimento da obrigação contratual de comprovar a regularidade fiscal durante a execução do ajuste

Auditoria foi realizada na base de dados do Sistema do Cadastro Integrado da Dívida Ativa da União (Cida), em razão de deliberação anterior do Plenário (Acórdão 1.010/2009-TCU), em razão da existência de processos no TCU tratando de fraudes no sistema Cida, utilizado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) na gestão e operação das informações constantes nos cadastros da Dívida Ativa da União. Um dos achados apontados pela equipe de auditoria foi a contratação e pagamento de fornecedores em situação fiscal irregular. Ao examinar a matéria, o relator destacou que, "a *Lei 8.666/93, em seu art. 55, XIII, impõe a inclusão, em todo contrato administrativo, de cláusula estabelecendo a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do ajuste, as condições de habilitação exigida na licitação, dentre as quais a regularidade fiscal*". Assim, "*uma vez descumprida a obrigação de comprovar a regularidade fiscal, a Administração tem a faculdade de aplicar as sanções dispostas no art. 87 da Lei 8.666/1993, ou até mesmo a rescisão contratual, conforme art. 77 c/c art. 78, inciso I, da Lei 8.666/1993*". Por consequência, enquanto não adimplida a obrigação de comprovar a regularidade fiscal, o contratado não poderia exigir o cumprimento da contraprestação que caberia à Administração. Ocorre que, na maioria das vezes, a situação de irregularidade fiscal seria verificada durante os 180 dias de validade de certidão anteriormente emitida a empresas que passaram a ter inscrições em situação irregular. Desse modo, de maneira a evitar a mesma ocorrência em situações futuras, o relator, em linha com o sugerido pela unidade técnica, votou por que se expedisse recomendação à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para que articulasse "*junto à Receita Federal do Brasil e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a realização de estudos para análise da conveniência e oportunidade de se promover a alteração da sistemática de comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional, mediante redução do prazo de validade da certidão e, até mesmo, de sua eliminação por meio da instituição de mecanismos de verificação automática e instantânea de regularidade fiscal, de forma a se reduzir os casos de fornecedores que se valem do atual prazo de certidão para contratar e receber pagamentos da administração pública, mesmo estando em situação irregular perante a Dívida Ativa da União*". O Plenário acolheu o encaminhamento. ***Acórdão n.º 3382/2010-Plenário, TC-011.296/2009-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 08.12.2010***.

Fornecimento de sistema com transferência de tecnologia e execução de serviços técnicos especializados: parcelamento como regra

O TCU recebeu representação de licitante contra o Pregão Presencial nº 118/2009, promovido pelo Ministério da Saúde (MS), com formação de Registro de Preço, para futura aquisição de Solução de Informação Hospitalar integrada ao Sistema de Registro Eletrônico de Saúde para Atenção Integral (RES-AI), com implantação em seis hospitais federais no Rio de Janeiro. Nos autos, foi promovida a audiência de um dos responsáveis pela ausência de divisão do objeto, uma vez que foram licitados, em conjunto, os dois itens do Pregão, quais sejam: fornecimento de um sistema que atendesse previamente os requisitos técnicos funcionais com transferência de propriedade para o Ministério da Saúde; e prestação dos serviços especializados necessários à manutenção de tal sistema (transferência de tecnologia, implantação do produto e sustentação do sistema nos hospitais). Ao refutar os argumentos apresentados pelo responsável, consistentes na eventual perda de qualidade dos serviços, se licitados separadamente, o relator destacou existir no mercado "*amplo espectro de fornecedores, principalmente para os serviços de sustentação do sistema, tradicionalmente realizados pelas empresas de Tecnologia da Informação*". Para ele, "*ao abranger na mesma adjudicação tanto o fornecimento do sistema como a prestação de todos os serviços correspondentes, criou-se uma situação de dependência tecnológica com a empresa vencedora da licitação*". Ocorrera, assim, o não parcelamento do objeto, quando ele seria não só viável, mas imposto, por sua própria natureza. Por conseguinte, votou pelo não acolhimento das justificativas do responsável, bem como pela aplicação de multa, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 3401/2010-Plenário, TC-027.963/2009-2, rel. Min. José Jorge, 08.12.2010***.

Conflito de regulamento próprio de licitações e contratos de entidade da Administração Pública com disposições da Lei n.º 8.666/93

Auditoria foi realizada junto à Fundação Habitacional do Exército – (FHE), com a finalidade de aferir a conformidade da incorporação e desincorporação de bens imóveis do Comando do Exército, extensivo à Fundação Habitacional do Exército - FHE, entre os exercícios de 2004 e 2007, bem como a necessidade de inclusão, ou não, da FHE na Lei Orçamentária Anual. No trabalho, a unidade técnica verificou a existência de regulamento próprio de licitações e contratos da FHE, aprovado mediante a Portaria do Comandante do

Exército de nº 152/2007, com disposições contrárias à Lei 8.666/93. Em seu voto, o relator destacou que, "*o regulamento de licitações da FHE não pode contrariar a Lei 8.666/93, tendo em vista o que dispõe o art. 119 do referido diploma legal: 'art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.'*" (grifo do original). Desse modo, seria necessário promover alterações no regulamento de licitações da FHE, a fim de torná-lo consentâneo com as disposições da Lei 8.666/93. Todavia, entendeu que, enquanto não fosse editado o novo regulamento, com os ajustes necessários, caberia determinar à FHE que, "*não aplique os dispositivos do regulamento vigente que contrariam a Lei 8.666/93, devendo, em substituição a tais dispositivos, ser aplicadas as disposições da referida lei*". No tocante aos dispositivos regulamentares consentâneos com a Lei de Licitações, ainda para o relator, não haveria óbice algum em continuar a aplicá-los. Por conseguinte, propôs, e o Plenário acatou, determinar ao Comando do Exército que instituísse "*no prazo de cento e vinte dias, contados a partir da ciência, novo regulamento de licitações e contratos para a Fundação Habitacional do Exército escoimado de dispositivos que contrariem as disposições da Lei 8.666/93, dotando-o de mecanismos aptos a garantir que as licitações e contratações que envolvam os recursos originados das permutas de bens efetuadas com o Comando do Exército sejam processadas em integral conformidade com o disposto na referida lei*". ***Acórdão n.º 3410/2010-Plenário, TC-028.066/2007-3, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 08.12.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Alteração contratual sem caracterização do "jogo de planilha": presunção relativa de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato

Em sede de processo de representação, foram noticiadas possíveis irregularidades em obras de asfaltamento da BR-101, situadas entre as localidades de Estreito e Bujurú, e nas obras relativas ao trecho Bujurú-Tavares. De acordo com a unidade instrutiva, a modificação efetuada pelos termos aditivos representaria prejuízo para a Administração, pois retirara da proposta da empresa contratada a vantagem comparativa que lhe assegurou a vitória no procedimento licitatório. Para a unidade técnica, com a supressão ou redução de quantitativos de itens com preços unitários que seriam favoráveis à Administração, teriam sobressaído, com maior preço relativo na planilha orçamentária, itens com custos unitários mais onerosos aos cofres públicos, o que tornaria patente o desequilíbrio da relação contratual em detrimento da Administração. Essa realidade implicaria a perda da vantagem comparativa da proposta da licitante, que deixaria de ser a melhor classificada em relação aos outros concorrentes. No voto, o relator destacou que "*o jogo de planilha se concretiza por meio de aditivos contratuais em que se verifique a ocorrência de ato culposo ou doloso do agente público prejudicial ao erário*". Todavia, haveria situações em que "*as modificações contratuais são tecnicamente justificáveis e necessárias, realizadas para promover o interesse público e não para proporcionar ganhos ilegítimos para a contratada*". Na espécie, as modificações contratuais seriam justificáveis tecnicamente, estando devidamente fundamentadas. Não teriam sido evidenciados, nos autos, "*intuitos, atos ou procedimentos visando, mediante ardil ou qualquer subterfúgio urdido pelas partes, alterar, em favor da contratada, as condições econômico-financeiras originalmente estabelecidas*". Não teria ocorrido, em consequência, a prática condenável do "jogo de planilhas", apesar de "*evidenciado que as modificações procedidas podem ter favorecido a contratada*". Restaria apurar, então, "*se alterações promovidas pela Administração, no interesse público, legítimas, e que resultem favoráveis à contratada, como as que aqui se discute, sempre teriam o condão de obrigar as partes à revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato para que se mantivesse o equilíbrio contratual inicialmente pactuado, com base no art. 58, § 2º, da Lei nº 8.666/1993*". A esse respeito, o relator, com base em julgado proferido pelo Tribunal, destacou que "*a aferição da eventual redução ou supressão do desconto sobre o orçamento-base, após alterações contratuais, gera a presunção de possível desequilíbrio econômico-financeiro, a ser completa e cabalmente confirmado ou refutado pela Administração, oferecendo-se ampla oportunidade de manifestação da contratada* (...) *Se da modificação supressiva ou redutiva, tecnicamente justificável, resultar nova configuração de proposta que, à época da licitação, não seria a mais economicamente vantajosa, esse fato não constitui motivo suficiente para impor, direta e imediatamente, ônus à empresa contratada resultante dessa alteração. Isso servirá apenas como presunção relativa do desequilíbrio, a ser cabalmente examinada"*. No presente caso, além de tecnicamente justificada, a própria unidade técnica, na opinião do relator, concluiu que "*a revisão de projeto determinada por este Tribunal mostrou-se tecnicamente vantajosa ao permitir a execução da obra sem as habituais paralisações para a solução de*

problemas decorrentes de falhas de projeto, fato quase inédito no DNIT". Assim, as alterações contratuais, no contexto, não poderiam obrigar à revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato para suprimir potencial ganho proporcionado à contratada na execução por decisões unilaterais da Administração. Com os fundamentos apontados, o relator propôs, em consequência, a improcedência da representação, o que foi aprovado pelo colegiado. Precedente citado: Acórdão nº 1755/2004, do Plenário. ***Acórdão n.º 8366/2010-Plenário, TC-020.201/2005-7, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 07.12.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

O planejamento inadequado por parte da administração afasta a possibilidade de contratação emergencial, com fundamento no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/93

Mediante pedido de reexame, responsável, reitor da Universidade Federal do Tocantins – UFT, manifestou seu inconformismo diante do Acórdão 3.489/2009 – 2ª Câmara, proferido em sede de processo de representação, no qual fora apenado com a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92, por conta da realização indevida de contratação emergencial, por dispensa de licitação (art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/93), de serviços de vigilância armada e desarmada, tendo entendido o Tribunal que a emergência, essencialmente, ocorrera da ausência de planejamento adequado. Após descrever todo o **iter** pela qual passou a contratação, enfatizando a morosidade havida, o relator, no voto, destacou que "*os gestores deflagraram um processo licitatório sem ao menos definir as necessidades da Administração, o que mais uma vez contribuiu para o atraso verificado na condução do certame*". Além disso, quanto a uma alegada carência de pessoal, observou "*se tratar de fato previsível a ser contornado com um adequado planejamento, o que não ocorreu*". Por tudo, concluiu que "*restou devidamente evidenciado que a contratação emergencial decorreu da ausência de planejamento adequado por parte da administração da entidade*". Assim, por considerar, ainda, que a penalidade aplicada anteriormente seria compatível com o grau de reprovabilidade verificado na conduta inquinada, votou pelo não provimento do recurso, no que foi acompanhado pelos demais ministros da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 7557/2010-2ª Câmara, TC-030.657/2008-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 07.12.2010***.

Participação, em licitações, de entidades sem fins lucrativos: deve haver nexo entre os serviços a serem prestados e os fins estatutários da entidade

Mediante pedido de reexame, o Instituto de Professores Públicos e Particulares manifestou sua insatisfação com o Acórdão nº 5.555/2009-2ª Câmara, no qual constou determinação à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) de que "*não habilite em seus certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, como o Pregão Eletrônico 90/2009, entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexo [de relação] entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados, considerando que terceirização de mão-de-obra não se coaduna com a natureza jurídica de tais entes, por se caracterizar como ato de comércio com finalidade econômica*". Nesta etapa processual, a unidade técnica, ao propor o não provimento do recurso, manteve o entendimento de que os serviços de terceirização não podem ser desempenhados por membros de uma entidade sem fins lucrativos. O relator, todavia, divergiu do sugerido. Incorporou em suas razões de decidir, então, parecer expedido pelo Ministério Público junto ao Tribunal – MP/TCU, no qual foi registrado que "*não se deve promover a vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, porquanto viável*". Pontuou o **parquet** especializado ser esse o sentido da lei, tal como consta do art. 24 da Lei de Licitações, que, em seu inciso XX, "*permite a contratação direta de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado*". Dessa forma, o dispositivo legal em referência asseguraria a habilitação de licitantes que atuem sem objetivo de lucro nos certames promovidos pela Administração Pública. O fundamental, então, seria verificar "*as condições de atendimento do objeto prestado pela entidade sem fins lucrativos, sem implicar em desvio de finalidade, ou seja, sem que sejam desobedecidos os objetivos estatutários da entidade, devendo haver compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade de atuação da entidade*". Por conta disso, votou pelo provimento parcial do recurso, de maneira a se alterar o Acórdão n.º 5.555/2009-2.ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e, pela determinação, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, de que "*não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexo com os serviços a serem prestados*", o que contou com a

aprovação do colegiado. ***Acórdão n.º 7459/2010-2ª Câmara, TC-019.843/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.12.2010***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 18 (não houve) e 19 de janeiro de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Licitação com previsão de entrega de maquinário em diversos municípios do país: 1 - Necessidade de definição precisa das localidades
Representação ao TCU noticiou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 32/2010 (para registro de preços), promovido pelo Ministério da Pesca e Aquicultura - (MPA), para eventual contratação de empresa(s) especializada(s) no fornecimento de máquinas agrícolas para formação de patrulhas mecanizadas, com vistas à implementação do Subprograma de Fomento à Aquicultura Familiar em Módulos Rurais. O relator, em decisão monocrática e ao acolher manifestação da unidade técnica, determinou a suspensão dos atos decorrentes do aludido certame até que o Tribunal delibere, em definitivo, a respeito da matéria questionada. Na etapa processual anterior, o então relator do processo, Ministro Benjamin Zymler, determinou a oitiva dos responsáveis do MPA, para que fosse avaliada a necessidade de adoção de medida cautelar, a depender da resposta à oitiva, em razão da insuficiente especificação do objeto do Pregão Eletrônico nº 32/2010, em face da omissão quanto aos locais de entrega dos equipamentos. Ao examinar os argumentos apresentados, a unidade técnica concluiu que o MPA houvera falhado ao "*deflagrar uma licitação sem que seu objeto estivesse definido de modo preciso, especialmente no que diz respeito aos locais de entrega dos equipamentos*". Ao concordar com a unidade técnica, o atual relator, Ministro Ubiratan Aguiar, destacou em sua decisão que "*sem ter conhecimento dos municípios onde deveriam ser entregues os equipamentos – tratores de esteira, retroescavadeiras e escavadeiras hidráulicas -, as empresas possivelmente estimaram, em suas propostas de preços, um custo de frete suficiente para não lhes acarretar prejuízos"*. O Plenário referendou a cautelar deferida pelo relator. ***Decisão monocrática no TC-033.048/2010-0, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 19.01.2011.***

Licitação com previsão de entrega de maquinário em diversos municípios do país: 2 - Justificativas com relação às quantidades a serem adquiridas
Ainda na decisão monocrática adotada a partir de representação ao TCU que noticiou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 32/2010 (para registro de preços), promovido pelo Ministério da Pesca e Aquicultura - (MPA), o relator destacou outra irregularidade a macular o certame: a inexistência de estudo de demanda capaz de justificar as quantidades licitadas, mesmo em se tratando de um pregão para registro de preços. Para ele, se as estimativas das quantidades de aquisição estivessem baseadas em algum estudo de demanda, "*certamente os preços ofertados pelas licitantes estariam o mais próximo possível do valor de mercado, consideradas as economias de escala*". A ausência de estimativa prévia da demanda, então, impossibilitaria o planejamento de seu atendimento, pois não seria possível estabelecer um cronograma de distribuição de produtos condizente com a real necessidade. Registrou, então, a pertinência de

se considerar tal fato quando da análise do mérito do processo, de modo a se expedir as recomendações corretivas para as futuras licitações do MPA que tenham objeto semelhante ao Pregão nº 32/2010. O Plenário referendou a cautelar deferida pelo relator. ***Decisão monocrática no TC-033.048/2010-0, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 19.01.2011.***

Impossibilidade do uso do pregão para serviços não caracterizados como comuns
Representação formulada pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia – (ABCE) cuidou de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 78/2010, realizado pela Companhia Docas do Estado do Pará – (CDP), cujo objeto consistiu na elaboração de estudos e projetos de engenharia para: (I) construção de nova portaria; (II) centro administrativo; (III) urbanização das vias; (IV) rampa rodofluvial; (V) terminal de múltiplo uso 2 (TMU 2); e (VI) serviços de inspeção, análise e projeto executivo de recuperação/reforço/ampliação estrutural do Píer 100 (TMU 1), no Porto de Santarém/PA. Para a representante, a modalidade licitatória – Pregão Eletrônico – é inadequada para o presente caso, haja vista que o referido objeto do edital não poderia ser caracterizado como "serviço comum". Pela natureza do objeto da licitação, ainda para a representante, deveria ser adotado o tipo "técnica", ou "técnica e preço", incompatíveis com o pregão. Demandou, em consequência, a sustação do referido processo licitatório, em sede de medida cautelar, de modo a reverter a suposta prática irregular. A unidade técnica, ao examinar a matéria, registrou, inicialmente, entendimento do TCU quanto à possibilidade do uso do pregão para serviços comuns de engenharia (súmula 257). Todavia, na situação examinada, a hipótese seria distinta, pois, por exemplo, diversos projetos conceituais seriam contratados por intermédio do referido certame. Tais projetos, que, ao fim, seriam anteprojetos a partir dos quais a CDP decidiria pela aprovação ou não dos arranjos gerais, orçamentos estimados, dentre outros aspectos, dependeriam consideravelmente da experiência e capacidade técnica dos licitantes, permitindo a obtenção de produtos distintos para um mesmo problema, o que, ainda para a unidade técnica, possibilitaria ao contratado, "*a livre definição de soluções técnicas, como, por exemplo, de qual material a ser utilizado numa estrutura, quantos pilares e vigas terão um edifício, qual o tipo de laje, qual o sistema de combate ao incêndio, etc., devem ser licitados conforme o disposto no art. 46 da Lei 8.666/1993*". Em resumo, "*se o projeto ou estudo a ser obtido pela realização do serviço por uma empresa ou profissional for similar ao projeto desenvolvido por outra empresa, dotada com as mesmas informações da primeira, esse objeto, no caso 'estudos e projetos' podem ser caracterizados como 'comuns'. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto é incomum*". E, no caso da contratação pretendida pela CDP, "*não se trata de serviços padronizáveis ou de 'prateleira', mas sim sujeitos a intensa atividade intelectual com razoável grau de subjetivismo, os quais precisam atender demandas específicas CDP, afastando-se do conceito de especificações usuais do mercado*." Assim, propôs a unidade técnica adoção da medida cautelar suscitada, de modo a suspender o pregão 78/2010, em face das irregularidades apontadas, no que contou com a anuência do Relator. O Plenário referendou a cautelar. ***Decisão monocrática no TC-033.958/2010-6, rel. Min. Raimundo Carrero, 19.01.2011.***

NOVA SÚMULA

Súmula n.º 263
Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor interino da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Luiz Henrique Pochyly da Costa, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 25 e 26 de janeiro de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A exigência de comprovação de experiência anterior na prestação de serviços em volume igual ou superior ao licitado restringe o caráter competitivo do certame

Representação trouxe ao TCU notícias acerca de possíveis irregularidades no edital do pregão eletrônico 194/2010, realizado pelo Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia – (INTO), cujo objeto consistiu na contratação de empresa para prestação de serviços de apoio operacional (entrega de documentos, auxílio à locomoção de pacientes, recepção, atendimento, reprografia, imobilização ortopédica, secretariado e outros). Dentre tais irregularidades, apontou-se a restrição à competitividade do certame, em razão da redação dada ao item 10.4 do edital que dispunha ser necessário "*comprovar a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, através da apresentação de um Atestado de Capacidade Técnica, fornecido por pessoa de direito público ou privado devidamente registrado no Conselho Regional de Administração (CRA – RJ) em nome do licitante que comprove a prestação de serviços em unidades hospitalares públicas ou privadas com contingente mínimo igual ou superior ao deste certame. Será admitido o somatório de atestados, devido a complexidade dos serviços ora licitado*". Para a unidade técnica, a exigência seria excessiva, uma vez que exigia experiência igual ou superior ao objeto da licitação examinada. O relator, ao concordar com a unidade instrutiva, destacou que "*a exigência de comprovação de prestação de serviços em volume igual ou superior ao licitado extrapola os requisitos definidos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993, bem como contraria a jurisprudência do tribunal acerca do assunto*". Assim, o relator, ao considerar a representação procedente, votou por que fosse expedida, dentre outras, determinação ao INTO para que suprimisse do item 10.4 do edital do pregão 194/2010 as expressões "*com contingente mínimo igual ou superior ao deste certame*" e "*apresentação de um Atestado de Capacidade Técnica*", em razão de as mesmas estabelecerem restrições indevidas à competitividade. O Plenário, acolhendo o voto do relator, determinou ao INTO que só desse prosseguimento ao pregão 194/2010 caso adotasse a providência alvitrada. ***Acórdão n.º 112/2011-Plenário, TC-034.017/2010-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 26.01.2011.***

Pregão para contratação de serviços: 1 – A licença ambiental de operação deve ser exigida apenas do vencedor da licitação
Representação informou ao Tribunal supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 7/2010, promovido pelo Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – (INPA), com o objetivo de contratar empresa para a execução dos serviços de limpeza e conservação dos prédios da entidade. Ao propor a improcedência da representação, o relator entendeu não haver irregularidade na exigência de licença ambiental de operação do licitante vencedor do certame, uma vez que tal exigência estaria, inclusive, em conformidade com o art. 20, § 1º, da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Para ele, seria irregular caso fosse exigido licença ambiental de todos os licitantes, o que não ocorreu. Em consequência, propôs a improcedência da representação, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 5611/2009, da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 125/2011-Plenário, TC-015.085/2010-4, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 26.01.2011.***

Pregão para contratação de serviços: 2 – É possível que seja exigido do contratado destinação exclusiva de veículos, máquinas e equipamentos, para execução do objeto
Ainda no mesmo processo de representação que informou ao Tribunal supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 7/2010, foi examinada a suposta exigência indevida prevista na alínea “g” do subitem 12.9 do edital da licitação, no sentido de que a empresa licitante efetue a destinação exclusiva a serviço do INPA de veículos, máquinas e equipamentos, o que configuraria ingerência indevida na administração da contratada. O relator, todavia, considerou a exigência pertinente. Diante do quadro, citando jurisprudência do Tribunal, enfatizou que, na espécie, seria indispensável que a contratada possuísse veículos destinados, exclusivamente, às tarefas diárias, “*por representar garantia de que os serviços licitados venham a ser devidamente executados*”. Em consequência, propôs a improcedência da representação, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 1895/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 125/2011-Plenário, TC-015.085/2010-4, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 26.01.2011.***

PRIMEIRA CÂMARA

O art. 24, inc. V, da Lei 8.666/1993 (licitação deserta) só pode ser utilizado como fundamento para a contratação direta caso o certame não possa, justificadamente, ser repetido sem prejuízo para a Administração
Tomada de contas especial foi instaurada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – (Senasp/MJ), devido a irregularidades verificadas na aplicação dos recursos oriundos do Convênio nº 131/2001, por meio do qual foram repassados recursos federais à Secretaria de Estado de Segurança Pública de Roraima para a aquisição de veículos, mobiliários, eletroeletrônicos e equipamentos de informática para aparelhamento das polícias nas áreas circunvizinhas da fronteira Brasil/Guiana e Brasil/Venezuela, no âmbito do Plano Nacional de Segurança Pública. Dentre tais irregularidades, constou suposta contratação direta indevida da empresa Motoka Veículos e Motores Ltda., com fundamento no art. 24, inc. V, Lei 8.666/1993, em razão de a tomada de preços nº 91/2002 – (TP 91/2002), promovida anteriormente, ter sido declarada deserta. O relator, ao analisar a matéria, destacou, inicialmente, que, “*o art. 24, inciso V, da Lei n. 8.666/1993 – somente pode ser empregado no caso de não acudirem interessados à licitação anterior e se o certame, justificadamente, não puder ser repetido sem prejuízo para a Administração*”. E, no caso da TP 91/2002, não se vislumbraria, nos autos, evidências de que os requisitos pertinentes à contratação direta foram observados, sobretudo porque não foi demonstrada a inviabilidade da repetição do certame nem a potencialidade de eventual prejuízo à Administração, se ocorresse nova licitação. Ainda para o relator, “*havia tempo hábil para a repetição do certame”,* pois *“o prazo para a execução do objeto pactuado era até 31/05/2003 e a declaração de licitação deserta se deu em 13/11/2002, portanto, à época, dispunha-se de mais de seis meses para refazer o torneio licitatório*”. Desse modo, votou, por essa e outras razões, pela irregularidade das contas, com aplicação de multa aos responsáveis, no que contou com a anuência do colegiado. ***Acórdão n.º 342/2011-1ª Câmara, TC-020.078/2009-4, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 25.01.2011***.

SEGUNDA CÂMARA

A aplicação de recursos públicos recebidos por particulares em decorrência de convênios, acordos ajustes ou outros instrumentos congêneres deve atender, no que couber, à Lei de Licitações

"*Falta a especificação exata de quais os dispositivos da Lei nº 8.666/1993 são aplicáveis aos particulares ao gerirem recursos públicos transferidos mediante convênio*". Este foi o entendimento ementado pelo Tribunal, ao apreciar recurso de reconsideração intentado por responsável, ex-Presidente da Associação Beneficente Cearense de Reabilitação – (ABCR), em face do Acórdão nº 2.811/2009 – TCU – 2ª Câmara, que julgou irregulares suas contas e lhe aplicou multa, em virtude da aquisição, sem licitação, de equipamentos para a área de saúde, com recursos oriundos de convênio firmado entre o Fundo Nacional de Saúde – FNS e a referida Associação. Nesta etapa processual, a recorrente aduziu que, quanto à aquisição que gerou a multa objeto do recurso, teria realizado licitação, mas na modalidade de tomada de preços, do que divergiu o relator, o qual entendeu não ter havido licitação. Todavia, ainda para o relator, o Tribunal vem se manifestando no sentido de que "*a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93*". Desse modo, a própria imputação feita à recorrente se mostrou inadequada, uma vez que não haveria obrigatoriedade de se promover licitação, no caso concreto. Além disso, acresceu o relator, a recorrente, à época, adotou procedimentos de coleta de preços, de homologação e de adjudicação, atendendo, no que cabia, à Lei 8.666/1993. Assim, votou pelo provimento do recurso de reconsideração, tornando sem efeito a multa anteriormente aplicada, no que contou com a aprovação do Colegiado. Precedente citado: Acórdão nº 353/2005, do Plenário. ***Acórdão n.º 291/2011-2ª Câmara, TC-023.262/2006-4, rel. Min. Raimundo Carreiro, 25.01.2011***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Luiz Henrique Pochyly da Costa, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 1º e 2 de fevereiro de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Licitação do tipo "técnica e preço": 1 - Eventual desproporção na pontuação atribuída aos critérios de técnica e de preço deve ser justificada
Representação de licitante indicou ao Tribunal supostas irregularidades na Concorrência nº 2/2010, do tipo técnica e preço, conduzida pela Universidade Federal de São Paulo – (Unifesp), cujo objeto consistiu na contratação de empresa prestadora de serviços de planejamento, implementação e gerenciamento de assessoria de imprensa especializada nas áreas de educação, saúde e administração de crise. Dentre elas, constou a desproporcionalidade das faixas de pontuação utilizadas para valoração da proposta técnica, sem justificativas para tanto, em aparente desconformidade com a jurisprudência deste Tribunal. A esse respeito, a unidade técnica consignou que "*foi atribuído o peso de 80 à proposta técnica e apenas de 20 à proposta de preços, o que caracteriza a excessiva valorização da primeira em detrimento da segunda*". Reproduziu, então, trecho do Acórdão nº 1488/2009, do Plenário do Tribunal, no qual se apreciou irregularidades na condução de licitação com objeto assemelhado. Na oportunidade, o TCU concluiu que em situações nas quais houver diferenciação entre os pesos atribuídos ao critério de técnica e o critério preço, deve a instituição contratante fundamentar o fato, com base em "*estudo demonstrando que a grande disparidade verificada (a nota técnica tem peso superior ao dobro da proposta de preços) é justificável*". Assim, ainda para a unidade técnica, "*a atribuição de fatores de ponderação distintos para os índices técnica e preço*

somente deve ocorrer em situações ainda mais excepcionais, devidamente comprovadas, o que não ocorreu nos presentes autos". Destacou, ainda, disposição constante da Instrução Normativa 2/2008, da SLTI/MPOG no mesmo sentido (§ 3º do art. 3º). Ao concordar com as análises, o relator destacou que "*o privilégio excessivo da técnica em detrimento do preço, sem haver justificativas suficientes que demonstrem a sua necessidade, pode resultar em contratação a preços desvantajosos para a Administração*". Todavia, apesar da reprovabilidade da conduta, considerou o relator que houve a perda do objeto da representação, ante a alteração dos critérios do edital do certame, bem como, posteriormente, em face da anulação de ofício do certame pela Unifesp, conclusão acatada pelo relator e pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos TCU n^os^ 264/2006 e 55/2007, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 210/2011-Plenário, TC-017.157/2010-2, rel. Min. Augusto Nardes, 02.02.2011.***

Licitação do tipo "técnica e preço": 2 – Não é admitida a utilização de critério técnico baseado, unicamente, em experiência anterior do licitante

Ainda na representação que indicou ao Tribunal supostas irregularidades na Concorrência nº 2/2010, conduzida pela Universidade Federal de São Paulo – (Unifesp), outra suposta irregularidade apontada foi a utilização de critério baseado, unicamente, em experiência anterior do licitante, para atribuição da pontuação técnica, o que, na visão da representante, poderia acarretar restrição à competitividade do certame, por criar situação diferenciada para empresas com idênticas condições de executar o objeto. Ao examinar a matéria, o relator registrou o entendimento contrário do TCU à tal exigência, a partir de excerto extraído do voto condutor do Acórdão nº 653/2007-Plenário, no qual o Tribunal consignou que, "*no que tange mais especificamente à exigência de comprovação de tempo de experiência dos profissionais a serem disponibilizados pelo licitante, impende frisar que tal procedimento afronta o disposto no art. 3º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, bem como a jurisprudência do TCU, em especial os Acórdãos nºs 1529/2006-Plenário, 473/2004-Plenário, e Decisão nº 134/2001-Plenário*". Ainda para o relator, tais requisitos poderiam ser aceitáveis, como critérios de pontuação, desde que se mostrassem imprescindíveis à execução do objeto e estivessem acompanhados de expressa justificativa técnica nos autos do processo de licitação, o que, na espécie, não ocorrera. Todavia, apesar da reprovabilidade da conduta, considerou o relator que houve a perda do objeto da representação, ante a alteração dos critérios do edital do certame, bem como, posteriormente, em face da anulação de ofício do certame pela Unifesp, conclusão acatada pelo relator e pelo Plenário. Precedente citados: Acórdão TCU nº 264/2006, do Plenário. ***Acórdão n.º 210/2011-Plenário, TC-017.157/2010-2, rel. Min. Augusto Nardes, 02.02.2011.***

O documento "carta de exclusividade", *per si*, é insuficiente para demonstrar que a empresa que o apresenta é fornecedora exclusiva de determinado produto

Mediante recurso de revisão, o Ministério Público junto ao TCU – (MPTCU) pediu a reabertura das contas anuais, do exercício de 2002, da então Delegacia Federal de Agricultura do Estado do Tocantins – (DFA/TO). As contas do órgão tinham sido julgadas regulares com ressalvas, com quitação aos respectivos responsáveis e devidas determinações. O presente recurso, então, deveu-se a diversas possíveis irregularidades praticadas na execução do Contrato nº 3/2002, firmado entre a DFA/TO e a Fundação de Apoio a Recursos Genéticos e Biotecnologia 'Dalmo Catuali Giacometti', e que visava, dentre outras ações, à disponibilização do Sistema de Pragas Nacionais de Valor Econômico – SPNVE para o órgão, a fim de possibilitar a manutenção e atualização em tempo real de banco de dados contendo informações sobre produtos fitossanitários registrados no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – (MAPA). Uma das irregularidades motivadoras do mencionado recurso de revisão fora a inexigibilidade de licitação fundamentada no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, sem a efetiva demonstração que a contratada era fornecedora exclusiva, uma vez que a declaração de exclusividade fornecida pela Federação das Associações Comerciais e Industriais do Distrito Federal baseou-se em informações prestadas pela própria Fundação Dalmo Catuali Giacometti' e em Carta de Exclusividade emitida pela contratada, na qual afirmava que a instituição, e a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa, seriam as únicas autorizadas a comercializar o SPNVE e outros produtos junto aos órgãos públicos e entidades de direito privado. Ao examinar o assunto, o relator, após a oitiva do responsável, destacou não restar demonstrado que a contratada era, efetivamente, fornecedora exclusiva, pois, para ele, fora apresentada "*apenas uma carta de exclusividade, emitida pela Federação das Associações Comerciais e Industriais do Distrito Federal, e elaborada a partir de uma declaração da própria Fundação contratada*". Aduz, ainda, o relator que "*a jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido de que o órgão licitante, quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais ou serviços, deve adotar medidas*

cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos emitentes. Como não há relatos de tais medidas, a declaração não se presta para atestar a exclusividade da empresa". Assim, neste ponto, votou pela rejeição das justificativas apresentadas, bem como pela aplicação de multa ao responsável, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedente citado: Decisão nº 047/1995, do Plenário. ***Acórdão n.º 207/2011-Plenário, TC-007.254/2003-9, rel. Min. Augusto Nardes, 02.02.2011.***

A utilização da figura do convênio em situação que demanda contrato, antecedido de licitação, configura dispensa indevida de licitação

Em processo de representação, o Tribunal procedeu ao exame de legalidade/legitimidade da celebração dos Convênios nos 15/2007 e 20/2007, firmados entre a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – (SEPPIR) e a Fundação Universidade de Brasília – (FUB). Dentre outras irregularidades, apurou-se a utilização inadequada de convênio caracterizada pela inclusão em tal instrumento de ações que deveriam ter sido contratadas mediante procedimentos licitatórios, notadamente a prestação de serviços de apoio administrativo para a realização de eventos, uma vez que tais atividades seriam oferecidas no mercado por diversas empresas, bem como por configurar-se indevida a intermediação da FUB para a execução dessas ações. Inicialmente, o relator destacou, em seu voto, a existência de "*interesses coincidentes entre a FUB e a SEPPIR/PR, em parte do objeto do convênio, no que se refere ao desenvolvimento de projetos que visem à mitigação das desigualdades e segregações raciais*". Assim, a consecução de objetivo comum, em regime de cooperação mútua, requisito essencial para a celebração desses convênios, haveria sido atendida. Todavia, registrou o relator que a subcontratação, por parte da FUB, da Fundação de Estudos e Pesquisas em Administração e Desenvolvimento – (FEPAD), para a realização de diversos eventos e encontros regionais, envolvendo, dentre outros, serviços de planejamento, monitoramento e execução das atividades necessárias aos encontros, não estaria em conformidade com a forma jurídica do convênio. Segundo ele, a realização dos eventos em questão "*deveria ter sido contratada com fundamento na Lei de Licitações, por meio de seleção das empresas disponíveis no mercado*". Na espécie, o que ocorrera seria a intermediação indevida da FUB, no tocante aos recursos públicos repassados para a FEPAD, uma vez que a "*FUB subcontratou a FEPAD para a organização de conferências estaduais e distritais, consultas à população indígena, quilombola e cigana, além da realização de oficinas temáticas*", ou seja, para a execução do próprio convênio firmado com a SEPPIR. Assim, por considerar que, ao fim, ocorrera a dispensa indevida de licitação, votou o relator pela procedência da representação, bem como pela aplicação de multa aos responsáveis envolvidos, sem prejuízo de que fosse expedida determinação corretiva à SEPPIR em situações semelhantes que surjam futuramente. ***Acórdão n.º 179/2011-Plenário, TC-008.950/2008-3, rel. Min. Raimundo Carreiro, 02.02.2011.***

É possível, em caráter excepcional, a fixação de salário base, nas contratações de prestação de serviços para a Administração

Mediante representação, a empresa Brasília Soluções Inteligentes – BSI do Brasil Ltda. informou potenciais irregularidades ocorridas no Pregão nº 221/2008, realizado pelo Senado Federal, para a contratação de prestação de serviços de execução indireta nas áreas de televisão, rádio, jornal, relações públicas, pesquisa e opinião, dentre outros, para a Secretaria Especial de Comunicação Social daquela Casa Legislativa. Dentre tais irregularidades, constou a fixação de salário base dos prestadores de serviço. Ouvido, o Ministério Público junto ao TCU – (MPTCU) registrou que "*até bem pouco tempo a maioria dos precedentes do TCU reputava tal prática como contrária ao art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, uma vez que equivaleria à fixação de preços mínimos".* No entanto, ainda para o MPTCU, o entendimento, conforme diversos precedentes jurisprudenciais do TCU, foi relativizado, no sentido de ser possível a fixação de remuneração mínima, mas em caráter excepcional. Em seu voto, considerando julgados anteriores e o pronunciamento do MPTCU, o relator enfatizou ser necessário atentar para a flexibilização das regras acerca da vedação do estabelecimento, no edital, de salário base dos prestadores de serviço, "*naquelas situações específicas em que o estabelecimento de piso salarial visasse preservar a dignidade do trabalho e criar condições propícias à eficiente realização do serviço, não implicando benefícios diretos à empresa contratada, mas sim aos trabalhadores, muito menos criando obstáculos à competição ou determinando o preço final da contratação* (...) *uma vez que tal tipo de procedimento passou a ser admitido como legítimo em inúmeros julgados deste Tribunal*". Assim, votou, e o Plenário aprovou, pela improcedência da representação. Precedentes citados: Acórdãos nos 256/2005-TCU, 290/2006, 1.327/2006, 332/2010, 1.584/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 189/2011-Plenário, TC-032.439/2008-0, rel. Min. José Múcio, 02.02.2011.***

Contratação de plano de saúde para servidores: 1 – Mesmo que não haja dispêndio efetivo de recursos públicos, as contratações realizadas por entidades de natureza pública submetem-se à fiscalização do TCU
Representação informou ao TCU a possível ocorrência de irregularidades no edital do Chamamento Público 1/2010, promovido pelo Conselho Regional de Enfermagem do Estado do Rio de Janeiro (Coren/RJ), cujo objeto consistiu no credenciamento de administradora, mediante termo de parceria, que disponibilizasse plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão aos profissionais de enfermagem inscritos naquele conselho e seus dependentes. Em preliminar suscitada, o Coren argumentou que a representação não deveria ser conhecida pelo TCU, uma vez que não haverá dispêndio de recursos pelo Conselho, do que divergiu o relator, pois, para ele, "*embora previsto que o termo de parceria será custeado integralmente pelas contribuições dos profissionais beneficiários do plano de saúde, sendo a contratação promovida pelo Coren/RJ, entidade de natureza pública, deve haver o respeito aos princípios constitucionais atinentes à espécie*", razão que justificaria a atuação do Tribunal. O Plenário anuiu à conclusão do relator quanto à questão preliminar. ***Acórdão n.º 197/2011-Plenário, TC-032.659/2010-5, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 2.02.2011.***

Contratação de plano de saúde para servidores: 2 – Não se admite a definição prévia de operadora quando da renovação de plano de saúde para servidores
Ainda na representação que informou ao TCU a possível ocorrência de irregularidades no edital do Chamamento Público 1/2010, promovido pelo Conselho Regional de Enfermagem do Estado do Rio de Janeiro (Coren/RJ), no mérito, questionou-se o item 3.1 do edital de referência, o qual determinava que o plano de saúde a ser ofertado deveria ser o da Unimed-Rio. Para a representante, "*a definição prévia de qual operadora de planos deverá prestar o serviço de assistência à saúde fere os princípios da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da finalidade e da moralidade, além de restringir a competitividade*". Ouvido pelo TCU, o Coren/RJ alegou a existência de contrato anterior com aquela operadora, em que já existiria a cobertura de, aproximadamente, mil beneficiários, bem como a impossibilidade de renovação direta, além da probabilidade de ocorrência de transtornos aos beneficiários no momento da migração entre planos de saúde, no caso de mudança. Tais justificativas, para o relator, não deveriam ser acatadas, pois, "*a mudança de operadoras de saúde em contratos coletivos é prática comum e devidamente fiscalizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – (ANS)*". Ou seja, não haveria qualquer prejuízo aos beneficiários, que possuem a garantia de mudar de plano de saúde levando consigo as carências já cumpridas, permitindo, com estímulo à concorrência, a escolha da proposta mais vantajosa. Além disso, enfatizou que, "*caso a argumentação do Coren/RJ fosse acatada, uma primeira operadora contratada teria sempre a renovação garantida, excluindo dos certames as administradoras que trabalhassem com outras operadoras de saúde de mesmo nível de qualidade*". Votou, então, pela procedência da representação, bem como por que se expedisse determinação ao Coren/RJ, para que excluísse o item 3.1 do edital do Chamamento Público 1/2010, no que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 197/2011-Plenário, TC-032.659/2010-5, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 2.02.2011.***

PRIMEIRA CÂMARA

A dispensa de licitação com base na emergência mencionada no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 deve ser apropriadamente evidenciada
Em sede processo de representação, o Tribunal apurou diversas supostas irregularidades em contratação direta promovida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (TRT-14) de empresa prestadora de fornecimento de passagens aéreas. Após a instrução da unidade técnica, o relator entendeu remanescer irregularidade quanto à utilização do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, como fundamento da contratação, uma vez que esse dispositivo não poderia ser invocado quando não demonstrada, de maneira concreta e efetiva, a necessidade de urgência de atendimento, nem quando essa situação decorra da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos do próprio órgão contratante. Na espécie, o TRT-14 entendeu que a situação emergencial que sustentaria a utilização do dispositivo legal seria "*a extrapolação do valor contratual, decorrente de deficiências no acompanhamento no contrato e na falta de providências necessárias à realização de licitação*". Todavia, para o relator, a alegação apresentada pelo TRT-14 da "*necessidade de 'deslocamento de magistrados, servidores e seus dependentes' e de 'possibilitar a participação de servidores e magistrados em cursos, treinamentos, simpósios e outros eventos', não configura, salvo robusta fundamentação e evidenciação de fatos em contrário (inexistente nos*

autos), situação que possa subsumir-se na hipótese do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993", sendo, portanto, irregular a contratação direta realizada com este fundamento, pelo que propôs a procedência da representação. Todavia, considerando o relator não ter se vislumbrado, nos autos, que a conduta equivocada tenha sido movida pela intenção de beneficiar determinada empresa ou que dela tenha resultado prejuízo aos cofres públicos, deixou de propor sanções aos responsáveis envolvidos, sem prejuízo de que fossem expedidas determinações corretivas para futuras contratações a serem realizadas pelo TRT-14 e que venham a ser fundamentadas em situação emergencial. Em face do voto do relator, a 1ª Câmara manifestação sua concordância. Precedentes citados: Decisão TCU nº 347/1994, do Plenário, e Acórdãos TCU nºs 3132/2005 e 1710/2006, ambos da Primeira Câmara. ***Acórdão n.º 504/2011-1ª Câmara, TC-033.844/2010-0, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 01.02.2011***.

SEGUNDA CÂMARA

Dispensa de licitação para aquisição imóvel com base no art. 24, inc. X, da Lei 8.666/1993: é necessária a realização de apenas uma avaliação prévia

Representação ao TCU trouxe notícias a respeito de prováveis irregularidades na gestão do Conselho Regional de Farmácia do Estado do Rio Grande do Sul - (CRF/RS). Dentre elas, estaria a não realização de três avaliações de imóvel a ser adquirido pelo CRF/RS, tendo por fundamento o art. 24, inc. X, da Lei 8.666/1993, conforme, inclusive, houvera sido orientado mediante parecer da área jurídica do Conselho Federal de Farmácia. Todavia, para o relator, não se configurou irregularidade, uma vez que "*o art. 24, inciso X, da Lei 8.666/93 prevê a realização de somente uma avaliação prévia do imóvel, o que foi cumprido*". Assim, no ponto, votou pela improcedência da representação, no que foi acompanhado pelos demais membros do Colegiado. ***Acórdão n.º 549/2011-2ª Câmara, TC-033.844/2010-0, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 01.02.2011***.

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor da Secretaria das Sessões*
Revisão: *Luiz Henrique Pochyly da Costa, Secretário das Sessões*
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 8 e 9 de fevereiro de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Serviços de conservação de rodovias são de natureza contínua, e, no caso de prorrogação do contrato, deve-se manter os mesmos itens e preços unitários contidos no orçamento do contrato original
Levantamento de auditoria realizado no âmbito do Programa Emergencial de Trafegabilidade e Segurança nas Estradas – PETSE, especificamente nas obras rodoviárias emergenciais da BR-222/MA, detectou a classificação do objeto do contrato de conservação rodoviária como sendo de natureza continuada, permitindo sucessivas dilações no prazo de execução dos respectivos serviços, em suposta afronta ao disposto no subitem 1.1.1 da Instrução Normativa n° 18/1997/Mare, ao art. 57, inciso II, da Lei n° 8.666/1993 e a precedentes do Tribunal. O relator destacou em seu voto, inicialmente, que a classificação dos contratos de conservação rodoviária é questão contumaz nas fiscalizações do TCU, o qual tem mantido o entendimento de que os mesmos “*podem ser considerados serviços de execução continuada, para efeito da incidência do art. 57, inciso II, da Lei de Licitações”.* Ainda segundo o relator, esta Corte pensa *“ser possível, com fundamento no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, prorrogações de prazo em contratos dessa natureza, cujo objeto se refira exclusivamente a serviços de conservação rodoviária, entendimento também sufragado no Acórdão nº 1.243/2004-Plenário*”. Todavia, com base na jurisprudência, destacou quanto a contratos de conservação rodoviária que, no caso de prorrogação, os ajustes “*devem manter os mesmos itens e preços unitários contidos no orçamento do contrato original, permitindo-se, apenas, que sejam incluídos os quantitativos necessários para fazer frente à respectiva prorrogação de prazo, referente ao período de interesse da Administração*”. Por conseguinte, votou pelo acatamento das justificativas apresentadas pelos responsáveis, no que contou com a anuência do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos

n^os^ 1.243/2004, 643/2007 e 1626/2007, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 278/2011-Plenário, TC-006.234/2006-6, rel. Min. Augusto Nardes, 09.02.2011.***

Bens e serviços de tecnologia da informação podem, em regra, ser considerados comuns e licitados por intermédio de pregão

Mediante representação, o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades em licitações conduzidas pela Telebrás. Dentre elas, estaria o uso do pregão para a implementação das redes de transporte, baseadas na tecnologia DWDM e de dados IP/MPLS, bem como de rádios ponto a ponto e ponto multiponto. No entender da representante, além de outras razões, "*haveria grande complexidade na implementação da solução de topologia de redes de transporte DWDM, de dados IP/MPLS e dos rádios ponto a ponto e ponto multiponto definida pela Telebrás, em face da necessidade de configuração e dimensionamento dos elementos de rede para cursar o tráfego esperado, assim como definir a hierarquização da rede, as tabelas de roteamento, as sumarizações de rotas, entre outros (fl. 7 da Representação)*". Todavia, o relator divergiu da tese. Nesse sentido, destacou, a partir da jurisprudência do TCU, que "d*evido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos e a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Logo, via de regra, esses bens e serviços devem ser considerados comuns para fins de utilização da modalidade pregão*". Ainda para o relator, "*nem a complexidade dos bens ou serviços de tecnologia da informação, nem o fato de eles serem críticos para a consecução das atividades dos entes da Administração, descaracterizam a padronização com que tais objetos são usualmente comercializados no mercado. Logo, nem essa complexidade, nem a relevância desses bens, justificam o afastamento da obrigatoriedade de se licitar pela modalidade pregão*". Na espécie, ao comparar os objetos dos pregões questionados com as especificações do mercado, concluiu o relator serem os mesmos comuns, e, por isso, não restando impedimento para que fossem licitados por intermédio de pregões. Por conseguinte, votou, com o referendo do Plenário, pela improcedência da Representação. Precedente citado: Acórdão n.º 2471/2008-Plenário. **Acórdão n.º 297/2011-Plenário, TC-032.055/2010-2, rel. Min. José Jorge, 09.02.2011.**

Deve ser aferido o faturamento do ano anterior para que a empresa seja beneficiada com o tratamento diferenciado dado às microempresas e empresas de pequeno porte, em razão da Lei Complementar 123/2006 (Estatuto das Micros e Pequenas Empresas)

Representação informou ao Tribunal a ocorrência de prováveis irregularidades praticadas pela empresa Star Segur Engenharia Ltda. – ME, que a impediriam, em tese, de ser declarada a vencedora do Pregão Eletrônico nº 13/2009, realizado pela Coordenação-Geral de Licitações e Contratos do Instituto Nacional do Seguro Social - (CGLC/INSS), para a contratação de empresa prestadora de serviços de teleatendimento. Dentre tais irregularidades, estaria a utilização indevida pela empresa do direito assegurado pelo art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006, às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) de fazer nova oferta, após encerrada a fase de disputa de lances no pregão. Em razão de tal faculdade, a empresa sagrou-se vencedora do pregão, fazendo oferta R$ 0,01 inferior ao melhor lance oferecido por empresa não enquadrada no dispositivo legal citado. Na instrução do feito, a unidade técnica verificou, junto aos sistemas informatizados da Administração, que a empresa Star recebera, apenas de instituições públicas federais, R$ 1.795.854,46 e R$ 10.486.091,63, nos anos de 2008 e 2009, respectivamente. Na forma de ver da unidade técnica, "*a condição de ME ou EPP pode ser aferida a qualquer momento, com base nos rendimentos obtidos durante o ano. Assim, a Star Segur não poderia mais ser considerada ME ou EPP em dezembro de 2009, por ocasião da realização do pregão, pois já havia faturado mais de R$ 10 milhões durante o ano. Consequentemente, a empresa não poderia ter usufruído de tratamento privilegiado na disputa de preços, sendo irregular sua declaração como vencedora do certame*". O relator, todavia, divergiu do posicionamento da unidade instrutiva, em razão do estabelecido no art. 9 º, § 3º, da LC 123/2006, que exclui o tratamento privilegiado como ME/EPP no ano-calendário seguinte àquele em que ultrapassar os limites de faturamento estabelecidos na norma. Assim, para o relator, "*o correto é considerar os efeitos da receita apenas no exercício subsequente. No caso em exame, foi possível apurar que a Star Segur obteve, em 2008, ano anterior ao da realização do pregão, faturamento bruto de R$ 1.795.854,46, o que ainda a classifica como empresa de pequeno porte, tornando regular todos os procedimentos realizados*". Destacou, contudo, que os valores pesquisados pela unidade instrutiva referiam-se apenas àqueles recebidos da Administração Central da União. Haveria nos autos, ainda, indícios de que valores recebidos pela Star Segur da empresa New Call durante o ano de 2008, "*quando somados aos apurados pela unidade técnica ultrapassam os*

limites legais para seu enquadramento como EPP". Enfim, para o relator, existiria incerteza quanto à renda bruta auferida pela empresa em 2008, o que levaria ao desenquadramento de tal condição já em 2009. Por consequência, cumpriria ao Tribunal "*determinar ao INSS que exija da Star Segur Engenharia Ltda. a demonstração, mediante documentos hábeis (balanço patrimonial e outros), de sua condição de micro ou empresa de pequeno porte*". Além disso, caso a empresa não lograsse demonstrasse sua condição de ME/EPP, deveria a autarquia previdenciária adotar os procedimentos necessários à anulação do contrato decorrente do Pregão Eletrônico nº 13/2009, em razão da indevida concessão do benefício. Nos termo do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedentes citados: Acórdãos nos 1.028/2010, 1.972/2010, 2.578/2010 e 2.846/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 298/2011-Plenário, TC-002.328/2010-0, rel. Min. José Múcio, 09.02.2011.***

Fornecimento de vales-alimentação: a exigência quanto à apresentação da rede credenciada de estabelecimentos por parte das empresas deve ocorrer na fase de contratação e não na de habilitação do certame

Recurso de agravo foi interposto pelo Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria – (Sesi/DN) e pelo Departamento Nacional de Aprendizagem Industrial – (Senai/DN), em razão da concessão de medida cautelar pela qual foi suspensa a realização do Pregão Conjunto nº 67/2010 CNI/Sesi/Senai/IEL, cujo objeto consistiu na contratação de empresa especializada na prestação de serviços de alimentação coletiva (refeição-convênio), em todo o território nacional, por empregados das entidades nacionais que integram o sistema indústria, pelo período de 12 (doze) meses. A cautelar foi concedida em razão de representação de empresa licitante contra supostas exigências excessivas, contidas no edital do certame, tal como a obrigatoriedade de os licitantes apresentarem, na fase de habilitação técnica, declaração de que atuaria em todos os Estados Brasileiros e de que possuiriam estabelecimentos comerciais credenciados que admitissem pagamento de refeição e alimentação, por meio de vale-alimentação, fornecido pela licitante, em todas as Capitais dos 26 (vinte e seis) estados do país e no Distrito Federal, bem como em todos os municípios com população igual ou superior 100.000 (cem mil) habitantes. Para os recorrentes, "*contratar empresa que não tenha rede credenciada nacional, e sem a abrangência esperada, por certo gerará um sério prejuízo ao empregado das entidades, que justamente recebe o benefício do vale refeição para custear a sua alimentação, independentemente de estar trabalhando dentro ou fora de suas sedes*", argumento que, inclusive, contou com o reconhecimento do relator, o qual, todavia, divergiu quanto ao momento em que a comprovação da capacidade por parte da empresa interessada deveria ser realizada. Segundo ele, não seria razoável "*a exigência de que todas as empresas interessadas em contratar com a Administração sejam obrigadas, ainda na fase de habilitação do pregão, de manter estabelecimentos comerciais credenciados em todas as capitais dos estados brasileiros e em todos os municípios com mais de cem mil habitantes*", em linha com a jurisprudência do Tribunal. Ainda para o relator, a exigência de habilitação constante do processo licitatório, "*levada a extremos, poderia inclusive estimular a formação de cartel, pois só poderiam participar de licitações as poucas grandes empresas desse seguimento comercial, o que, de certa forma teria se confirmado, uma vez que somente três empresas apresentaram propostas neste pregão*". Ressaltou, mais uma vez com amparo na jurisprudência do Tribunal, que "*a exigência da apresentação da rede credenciada deveria ocorrer na fase de contratação, sendo permitido um prazo razoável para que a vencedora do certame credenciasse os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição*". Propôs, então, que fosse negado provimento ao agravo, no que obteve a aprovação do Plenário. ***Acórdão n.º 307/2011-Plenário, TC-032.818/2010-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 09.02.2011.***

Contratação de obras públicas: 1 - É necessário que os itens do orçamento de referência da contratação sejam detalhados adequadamente, sendo irrelevante se a contratação ocorrerá por preço global ou unitário

Em levantamento de auditoria realizado nas obras de modernização da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), unidade da Petrobras no Estado do Paraná, foram constatadas diversas possíveis irregularidades. Dentre elas, a existência de planilhas de preços, anexas a contratos, que incluíram verbas para 'fornecimento de serviços complementares' sem o devido detalhamento, caracterizando, assim, sobrepreço embutido no valor do contrato. Após o relatório inicial da unidade técnica, de 2007, a Petrobras informou que iria excluir tal item das planilhas orçamentárias dos demais ajustes até julho de 2008, razão pela qual o relator entendeu, na oportunidade, suficiente que o Tribunal determinasse à empresa que prestasse informações acerca da implementação da medida. A Petrobras, então, afirmou ter procedido a exclusão do item em sete dos treze contratos celebrados com vistas à execução das obras de modernização da Repar. Todavia, com relação aos

outros seis contratos, argumentou que tais acordos "*foram celebrados por preço unitário e que a cláusula de 'Serviços Complementares' constante nos contratos dessa natureza seria distinta daquela presente nos contratos por preços globais*". Em tais contratos, a empresa alegou, ainda, que "*o contratado assume total responsabilidade pelos serviços, tais como execução do projeto, aquisição de equipamentos/materiais e construção/montagem e, nos contratos por preço unitário, o contratado presta serviços de apoio técnico à Petrobras, seja para serviços de engenharia, consultoria ou apoio à fiscalização de campo, dentre outras atividades e neste 'o valor a constar é apenas uma estimativa*'". Todavia, o relator discordou. Segundo ele, "*a previsão de valores adicionais sem vínculo específico a um objeto, item ou bem contratado é vedado para qualquer tipo de contrato, seja ele por preço global, seja por preço unitário, mesmo porque, como regra, é o BDI que serviria para cobrir eventuais despesas indiretas ou custos que não possam ser apropriados especificamente a um determinado item*". Assim, entendeu pertinente propor que o Tribunal fixasse prazo para que a Petrobras excluísse o item orçamentário atinente ao 'fornecimento de serviços complementares' de todos os contratos celebrados com vistas à execução das obras de modernização da Repar, quer por preços globais, quer por preços unitários, no que contou com a anuência do Plenário. Precedente citado: Acórdão 93/2009, do Plenário. ***Acórdão n.º 311/2011-Plenário, TC-006.306/2008-3, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 09.02.2011.***

Contratação de obras públicas: 2 - Eventos futuros e incertos ensejam, quando ocorrentes, o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato, não podendo ser cobertos por dotações genéricas

Ainda no levantamento de Auditoria realizado nas obras de modernização da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), outra possível irregularidade seria a existência de cláusula de contrato para fazer frente a "eventos globais". O dispositivo contratual estabelecia, então, a apropriação de custos incorridos por motivo de incidência de raios ou chuvas e suas consequências, bem como custos decorrentes de variação de preços a serem pagos pela Petrobras à contratada. Para o relator, o item não guardaria amparo legal, uma vez que, de modo semelhante ao item 'fornecimento de serviços complementares', o item 'eventos globais' "*trata de hipótese de gastos relacionados a eventos futuros e incertos, que, como tais, deveriam ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste*". Não haveria razão, portanto, "*para que valores dessa natureza sejam inseridos, de antemão, nos termos originais do contrato*", pois "*os riscos a que se submetem quaisquer empresas, quando passíveis de previsão, submetem-se a uma adequada composição de custos que incluem, em alguns casos, até a contratação de seguros, sendo a mesma situação observada nos casos em que a administração pública contratante exige garantias na forma de carta-fiança ou de seguros específicos a serem apresentados pela empresa contratada*". Por consequência, propôs, e o Plenário anuiu, que se determinasse à Petrobras a exclusão do item orçamentário denominado 'eventos globais' do contrato examinado e de todos os contratos celebrados com vistas à execução das obras de modernização da Repar, independente da modalidade de contratação, sem prejuízo de que se determinasse à empresa, ainda, a instauração de processo interno, com vistas à recuperação dos valores eventualmente pagos, de forma indevida, a título de remuneração relativa ao item 'eventos globais' ao consórcio executante do contrato, sob pena de responsabilização solidária dos responsáveis. ***Acórdão n.º \311/2011-Plenário, TC-006.306/2008-3, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 09.02.2011.***

PRIMEIRA CÂMARA

O pagamento de valores a título de "taxa de administração" em contratações públicas intermediadas por outras instituições só se legitima quando demonstrada a inviabilidade da atuação direta do próprio órgão público

Em tomada de contas especial, com julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito solidário e aplicação de multa, ex-dirigentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – (IBAMA) intentaram recursos de reconsideração. Originariamente, a condenação que levou ao inconformismo dos recorrentes, deu-se em razão do pagamento indevido de taxa de administração ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – (PNUD), pela intermediação na contratação de serviços de consultoria junto à empresa Strategia Consultores S/C Ltda. Nesta etapa processual, a unidade instrutiva concluiu não vislumbrar motivo para que o organismo internacional intermediasse a contratação pretendida pelo IBAMA. Ao concordar com a análise, o relator destacou que "*caso a própria entidade tivesse realizado certame licitatório não teria incorrido em gasto com taxa de administração por conta da transação*". Além disso, ainda conforme o relator, as alegações do ex-dirigentes do IBAMA no sentido de

que o valor da contratação dos serviços de consultoria, sem a realização de licitação, estaria condizente com os preços praticados no mercado "*tangenciam o motivo determinante do débito apurado nesta tomada de contas especial, qual seja, o pagamento de taxa de administração ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD pela intermediação na contratação da Strategia Consultores S/C Ltda. Embora tal tipo de taxa esteja prevista no aludido projeto, o seu pagamento só será legítimo nos casos em que for demonstrada a inviabilidade da atuação direta do próprio órgão público*". Por conseguinte, votou por que se negasse provimento aos recursos impetrados, no que obteve a anuência da 1ª Câmara. ***Acórdão n.º 674/2011-1ª Câmara, TC-007.361/2004-7, rel. Min. José Múcio, 08.02.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 15 e 16 de fevereiro de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

O critério de aceitabilidade de preços adotado pela Administração Pública em uma licitação não deve permitir que sejam admitidos preços distanciados da realidade do mercado

Representação trouxe notícias ao Tribunal acerca de possíveis irregularidades em concorrência realizada pelo Serviço Social do Comércio – Administração Regional no Estado do Espírito Santo – (Sesc/ES), para contratação de serviços diversos de marcenaria. Dentre elas, estaria a autorização, no edital, para apresentação de propostas de preços superiores em até 20% ao valor orçado pela administração, prática que estaria em desacordo com o art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, que veda a fixação de faixas de variação em relação a preços de referência, e com entendimento do Tribunal acerca de critérios de aceitabilidade de preços, com a agravante de que a aplicação de tal regra teria implicado a adjudicação de três lotes da licitação a empresas que cotaram preços, em média, 14,21% superiores aos orçados. Promovida a oitiva dos responsáveis pela irregularidade, foi informado ao Tribunal que a autorização para que as propostas ultrapassassem em 20% os valores estimados não teria estabelecido uma faixa de variação de preços, uma vez que não fora fixado preço mínimo, estando em conformidade, ainda, com o art. 48 da Lei 8.666/1993, bem como com orientações do TCU, no sentido de serem adotados critérios de aceitabilidade de preços. O relator, todavia, não acatou os argumentos apresentados, haja vista que a variação percentual admitida, na prática, "*terminou por criar uma faixa de variação de preços, já que todos os licitantes apresentaram cotações acima do preço estimado*", em desconformidade com os princípios da eficiência e da legalidade, eis que "*não há razão para admissão de preços em substancial desacordo com estimativas que, em princípio, deveriam refletir os valores de mercado*". Por consequência, para o relator, a medida teria permitido a ocorrência de sobrepreço. Além disso, "*não teve seu fundamento estatístico, matemático ou econômico demonstrado, o que impede que seja considerada critério adequado de aceitabilidade de preços*", e, por fim, estaria "*em desacordo com orientação desta Corte, no sentido de que seja evitada a fixação de critérios de aceitabilidade que permitam a proposição de preços excessivamente distanciados dos de mercado*". Por conseguinte, o relator, no ponto, rejeitou os argumentos apresentados pelos responsáveis, e votou pela procedência da representação, bem como por que fosse determinado ao Sesc/ES que "*evite incluir nos instrumentos convocatórios cláusula que permita apresentação de proposta de preços com valor superior ao estimado pela Administração para o objeto licitado*", no que contou com a anuência do Plenário.

Precedentes citados: Acórdãos 1564/2003, 1523/2005 e 144/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 378/2011-Plenário, TC-000.320/2011-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 16.02.2011.***

Pregão para registro de preços: 1 – A exigência de certificado de boas práticas de fabricação não se coaduna com os requisitos de habilitação previstos na Lei 8.666/1993

Em face de representação, o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde - MS, para registro de preços, e cujo objeto consistiu na aquisição de **kits** de testes de quantificação de RNA viral do HIV-1, em tempo real, no total de 1.008.000 unidades, a serem distribuídos para as 79 unidades que compõem a Rede Nacional de Laboratórios (com previsão de mais quatro a serem instaladas), em todos os estados da Federação. Dentre tais irregularidades, constou exigência, para o fim de qualificação técnica, de certificado de boas práticas de fabricação, o qual, na visão da representante, estaria em contrariedade à ordem jurídica. Para o relator, assistiria razão à representante, em razão da ausência de previsão legal para a exigência em questão. Para ele, "*o art. 30 da Lei nº 8.666/93 enumera os documentos que poderão ser exigidos para fim de comprovação da qualificação técnica, entre os quais não se incluem certificados de qualidade".* Assim, não haveria sido observado o princípio da legalidade. Além disso, ainda para o relator, "*ainda que se considerasse legal a exigência* supra, *ela não atenderia, no caso concreto, ao princípio da proporcionalidade, não se revelando, na espécie, indispensável à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas perante o Ministério da Saúde"*. Por conseguinte, votou, e o Plenário aprovou, por que se determinasse ao Ministério da Saúde a exclusão do edital do Pregão nº 208/2010 da exigência do certificado de boas práticas de fabricação, por absoluta falta de amparo legal, bem como por não se mostrar indispensável à garantia do cumprimento das obrigações a serem pactuadas. **Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.**

Pregão para registro de preços: 2 – No caso de produtos a serem entregues em diversas unidades da federação, a instituição pública contratante deve divulgar como foram estimadas, por localidade, as quantidades a serem adquiridas, ou pelo menos o percentual da demanda, por unidade federativa

Ainda na representação pela qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde, outra possível irregularidade abordada foi a ausência da estimativa do número de testes a serem ser entregues por laboratório, levando em conta a sua localidade, o que seria fundamental para a elaboração da proposta de preço, na opinião da unidade técnica. A esse respeito, o MS argumentou que "*a entrega do produto em cada laboratório da Rede é flexível, pois está vinculada à capacidade de armazenamento em alguns locais e à demanda de execução do teste, que é definida através do atendimento médico aos pacientes vivendo com HIV/AIDS e do agendamento da coleta do material biológico aos pacientes, não dependendo exclusivamente do laboratório*". Por consequência, não haveria como estabelecer, no edital, a entrega do produto a ser feita para cada um dos 83 laboratórios, pois a demanda seria flutuante. Para o relator, não seria mesmo razoável exigir que o edital divulgasse, de forma absolutamente precisa, os quantitativos de **kits** a serem entregues em cada laboratório durante a vigência da ata de registro de preços resultante do Pregão nº 208/2010. Todavia, ainda para o relator, "*poderia o Ministério da Saúde ao menos informar às licitantes como foi estimado o consumo mensal para toda a rede de laboratórios, da ordem de 84.000 testes para quantificação da carga viral do HIV-1*", ou alternativamente, "*divulgar o percentual de demanda por unidade da Federação*", pois a informação, ao menos em estimativas, quanto às quantidades de insumos/equipamentos a serem entregues por localidade, "*mostra-se essencial para que as licitantes possam elaborar suas propostas com um mínimo de segurança*". Assim, pela falta da informação em relação aos quantitativos, ao menos estimados, entendeu o relator violados os art. 14 e 5, § 7º, da Lei 8.666/1993, e votou pela expedição de determinação, de forma a evitar ocorrência semelhante em futuras licitações a serem procedidas pelo Ministério da Saúde, no que obteve a anuência do Plenário. **Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.**

Pregão para registro de preços: 3 – No caso do pregão, a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa

Na mesma representação pela qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde - MS, analisou-se, como possível irregularidade, a não divulgação do valores de referência, tidos, na espécie, como preços máximos a serem praticados, que teria resultado em prejuízo para a elaboração da proposta por parte das empresas licitantes. Em seus argumentos,

o MS defendeu tratar-se de estratégia, a fundamentar a negociação a ser travada entre pregoeiro e as licitantes. Nesse quadro, levantou precedente no qual o TCU entendeu ser facultativa a divulgação dos valores de referência. Para o órgão, *"a revelação do preço máximo faz com que as propostas das licitantes orbitem em torno daquele valor, o que poderia frustrar a obtenção das melhores condições de contratação".* Já para a unidade técnica, existiriam, no TCU, duas correntes acerca da necessidade da divulgação de orçamento/preço máximo em edital. *Pela primeira, "no caso específico dos pregões, [...] o orçamento estimado em planilhas e os preços máximos devem necessariamente fazer parte do Termo de Referência, na fase preparatória do certame, e a sua divulgação é decisão discricionária do órgão organizador".* Para a outra corrente, que *"abarca as situações que não sejam de pregões, tem-se farta jurisprudência no sentido de que o disposto do art. 40, inc. X, da Lei 8.666 obriga, e não faculta, a divulgação do orçamento estimado em planilhas e de preços máximos no instrumento convocatório".* Assim, para a unidade técnica, à exceção do pregão, a jurisprudência do TCU, apoiada pela doutrina, majoritariamente considera *"a divulgação do 'orçamento ou preço máximo no instrumento convocatório' como elemento imperativo, e não meramente opcional"*. Contudo, ainda de acordo com a unidade instrutiva, o acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara, teria aberto precedente, no sentido de se interpretar *"a divulgação dos preços máximos, prevista no art. 40, X, da Lei 8.666/93, como facultativa, e não obrigatória, sem ressalvas com relação à modalidade da licitação"*. Em razão da aparente divergência jurisprudencial, a unidade técnica sugeriu que a questão fosse apreciada em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, com o que discordou o relator. Para ele, "*o art. 40, X, da Lei nº 8.666/93 não discorre sobre a 'divulgação' do preço máximo, mas sim sobre a sua "fixação", o que é bem diferente*". A fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, seria obrigatória, no entender do relator, no caso de obras e serviços de engenharia, nos termos da Súmula TCU nº 259/2010, donde se concluiria que, para outros objetos, não relacionados a obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa. Fez ressalva, todavia, ao caso do pregão, para o qual, "*a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa*". *Precedente citado: Acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara.* ***Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.***

Pregão para registro de preços: 4 – Preço máximo não se confunde com valor orçado ou de referência
Ainda em relação à representação na qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde - MS, esclareceu o relator que, "*'orçamento' ou 'valor orçado' ou 'valor de referência' ou simplesmente 'valor estimado' não se confunde com 'preço máximo'. O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem*". O orçamento, então, deveria ser fixado em razão de disposições legais. Já a divulgação do valor de referência, e do preço máximo, quando este for fixado, seria diferente. Para as modalidades licitatórias tradicionais, a regra, conforme o relator, é contemplada no art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, ou seja, haveria, necessariamente, a divulgação do orçamento elaborado, contemplando o preço estimado e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar, facultando-se, tal divulgação, no caso do pregão, no qual "*os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório".* Por conseguinte, "c*aberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los*". Não caberia, portanto, recomendar ao Ministério da Saúde, como sugerido pela unidade técnica que no Pregão Presencial SRP nº 208/2010 o orçamento estimado contivesse "*a informação de preço estimado máximo para a contratação, em atenção ao art. 40, X, da Lei 8.666 c/c art. 9º, III, do Decreto 3.931/2001"*. Para o relator, a recomendação adequada, e que, inclusive, deveria ser estimulada, seria quanto à divulgação do orçamento estimativo nos pregões a serem realizados, em linha com a jurisprudência do TCU. Após o voto do relator nesse sentido, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 1178/2008, do Plenário. ***Acórdão n.º 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011.***

Sessões: 22 e 23 de fevereiro de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

PLENÁRIO

É necessário que o valor dos salários pagos aos profissionais contratados por empresas para prestação de serviços à Administração corresponda ao do orçamento constante nas propostas comerciais formuladas na licitação

Auditoria realizada na Secretaria de Infraestrutura Hídrica (SIH) do Ministério da Integração Nacional (MI) teve por objetivo avaliar a conformidade na aplicação dos recursos destinados ao Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Para tanto, foram enfocados contratos eminentemente baseados em utilização de mão-de-obra, resultantes do edital 01/2005 (supervisão das obras). Foram escolhidos os dois primeiros contratos do eixo norte (lote 1 - contrato 34/2007 e lote 2 - contrato 41/2007-MI) e os dois primeiros contratos do eixo leste (lote 9 - contrato 36/2007 e lote 10 - contrato 46/2007), em função de tais ajustes apresentarem estado mais adiantado de execução. Após os trabalhos de campo, foi promovida a oitiva do MI, bem como das empresas Sondotécnica Engenharia de Solos S/A, em razão de ser a contratada para prestar serviços de supervisão de obras referentes aos Contratos nºs 34/2007-MI e 36/2007-MI, e Enger Engenharia, responsável pelo Contrato nº 41/2007-MI, para que se manifestassem "*acerca do pagamento de salários significativamente inferiores aos valores constantes de sua proposta comercial*". Segundo o relator, o ponto principal do processo seria a diferença, a menor, entre os salários efetivamente pagos pelas empresas Sondotécnica e Enger aos seus funcionários e os valores correspondentes constantes de seus orçamentos, que fizeram parte das propostas oferecidas em razão da licitação para contratação de supervisão de obras. Para ele, seria descabido o entendimento das mencionadas empresas e do MI de que os orçamentos seriam peças meramente estimativas, não vinculariam o contrato futuro e de que não existiria motivo para a restituição ou glosa das diferenças. Ainda conforme o relator, não haveria razão para que uma empresa, participante de licitação, especificando os salários que seriam pagos aos seus profissionais em virtude do contrato de supervisão de obra, pudesse, ao seu alvitre, "*quando da execução do contrato, remunerar esses profissionais em patamares inferiores, apesar de receber do órgão contratante - Ministério da Integração Nacional/MI -, exatamente aqueles valores que foram os balizadores da sua proposta, conforme ficou comprovado a partir da comparação entre as remunerações de profissionais oriundas dos boletins de medição e as constantes da planilha GFIP da empresa fornecida pelo Ministério da Previdência Social*". Diante disso, votou por que fossem glosados todos os valores pagos a

maior às contratadas envolvidas no processo. O Plenário aprovou a medida. ***Acórdão n.º 446/2011-Plenário, TC-010.327/2009-8, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 23.02.2011.***

A contratação de serviços advocatícios terceirizados não deve se referir a atividades rotineiras do órgão, salvo eventual demanda excessiva

Por meio de pedido de reexame, o responsável insurgiu-se contra o Acórdão nº 852/2010-Plenário, por meio do qual esta Corte aplicou-lhe multa, bem como expediu determinações ao Banco da Amazônia S.A. – (BASA), em razão de irregularidades observadas na contratação de serviços advocatícios tercerizados. Na oportunidade da decisão originária, consideraram-se descumpridas deliberações anteriores (Acórdãos nºs 1443/2007–Plenário e 3840/2008-1ª Câmara), nas quais fora determinado ao BASA que se "(...) *limitasse a contratar serviços advocatícios apenas para atender a situações específicas devidamente justificadas, abstendo-se de contratá-los para execução de atividades rotineiras do órgão, salvo eventual demanda excessiva*". No presente momento processual, o recorrente alega, em suma, que o Tribunal teria considerado legais terceirizações de serviços advocatícios em circunstâncias semelhantes às presentes, apenas exigindo que os serviços contratados fossem desvinculados de atividade-fim das empresas, caso houvesse insuficiência de advogados no quadro permanente, sobrecarga de trabalho e que fossem observados os princípios da economicidade e eficácia. Além disso, em seu modo de ver, os Acórdãos nºs 1.443/2007-Plenário e 3.840/2008-1ª Câmara não teriam sido descumpridos, pois os termos do Edital de Credenciamento nº 2009/001 observaram as restrições por eles impostas, dado que limitou a atuação dos terceirizados à esfera judicial e não geraram vínculos empregatícios, sendo temporária a terceirização. Aditou, ainda, atuar o BASA em mercado competitivo, sendo regido pelo art. 173, inciso II, da Constituição Federal, com regime jurídico próprio das empresas privadas, não cabendo incrementar o quadro de advogados contratados permanentemente, pois a atividade do banco seria cíclica, e demitir empregados implicaria custos, além de as contratações privilegiarem a atividade-meio. Por fim, enfatizou que as ações envolvendo índices dos Planos Verão, Bresser, Collor e as URP´s teriam crescido demasiadamente, a justificar as contratações questionadas, em face do reduzido quadro de advogados do BASA. O relator, ao refutar aos argumentos, ressaltou que as justificativas do recorrente reafirmariam a necessidade de manutenção das determinações inquinadas, tendo em vista que, se os advogados terceirizados apenas atuam em processos judiciais contenciosos para os quais há petições padronizadas, tratando em especial de Planos Econômicos, a conclusão é que, por si só, esse fato contrariaria as determinações exaradas por este Tribunal nas etapas processuais anteriores. Ademais, no ponto de vista do relator, "*os processos de execução levados a efeito por advogados terceirizados são rotineiros, pois os Planos Econômicos que os teriam gerado, em suposto número excessivo, são de longa data e não exigem conhecimentos qualificados".* O alegado insuficiente quadro permanente de advogados destinados ao acompanhamento de processos contenciosos, a cargo dos advogados terceirizados, existiria, então, paralelamente à terceirização, a qual aconteceria há vários anos na instituição. Portanto, "*não é razoável concluir que esta última, objeto dos autos, ocorreu por uma situação específica e inédita*". A longa duração da terceirização examinada – cerca de 10 anos – lançaria dúvidas acerca da economicidade dessa prática, uma vez que não há justificativas se os custos inerentes compensariam, ou não, contratar advogados permanentes ou temporários. Votou o relator, com a aprovação do Plenário, pelo não provimento do recurso. ***Acórdão n.º 449/2011-Plenário, TC-012.165/2009-7, rel. Min. Augusto Nardes, 23.02.2011.***

Aditivos contratuais superiores aos limites estabelecidos na Lei 8.666/1993: em caráter excepcional, podem ser considerados válidos

Mediante representação, o Tribunal apurou possíveis irregularidades que teriam sido cometidas pela Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – (Hemobrás), no âmbito do aditamento 01/2010, promovido ao contrato 22/2007, firmado entre aquela estatal e o Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies – (LFB), tendo por objeto inicial a transferência de tecnologia referente ao processo de produção de hemoderivados. O aditivo em questão ensejou acréscimo de, aproximadamente, 2.700% ao valor inicialmente constante do contrato, o qual passou a prever que o LFB encarregar-se-ia não só da transferência de tecnologia referente ao processo de produção de hemoderivados, mas também da própria execução dos serviços de fracionamento de plasma captado no Brasil. Ao analisar a matéria, o relator destacou que, "*embora a assinatura do aditivo 01/2010 não se coadune com a decisão 215/1999-Plenário e, por conseguinte, tenha representado, a princípio, afronta ao art. 65, § 1º, da Lei 8.666, de 21/6/1993, o resultado prático da realização de processo licitatório distinto possivelmente seria o mesmo, qual seja, a contratação do Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies, uma vez que este laboratório foi o único a participar da concorrência internacional que precedeu o contrato 22/2007*". A essa

possível inexistência de outras empresas interessadas, aditou o relator o fato de que o aditivo 01/2010, ao incumbir o LFB de executar o fracionamento de plasma sob o acompanhamento de técnicos da estatal contratante, ter possibilitado a imediata transferência de tecnologia relacionada ao processo de produção de hemoderivados, independentemente da conclusão das obras de construção da fábrica da Hemobrás, atrasada em decorrência da anulação de duas outras licitações. Acresceu, ainda o relator, que "*a contratação de outro laboratório que não o LFB resultaria em retrabalho para a Hemobrás, eis que seus técnicos, após a construção da fábrica, teriam de se adaptar a rotinas e fluxogramas distintos daqueles adotados até então, haja vista se diferenciarem, de laboratório para laboratório, muitos dos procedimentos afetos ao processo de fracionamento de plasma, inclusive com relação à coleta e ao controle de qualidade*". Assim, diante das peculiaridades do caso, votou o relator pelo não apenamento do signatário do termo aditivo 01/2010 do contrato 22/2007, o qual, em caráter excepcional, deveria ser considerado válido. Nos termos do voto, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 448/2011-Plenário, TC-011.298/2010-3, rel. Min. Aroldo Cedraz, 23.02.2011.***

A contratação de serviços de manutenção predial não deve, de modo geral, abarcar serviços de operação, ressalvando-se situações específicas, a serem ponderadas à luz da economicidade e da adequabilidade da contratação conjunta

Em face de representação, o Tribunal tomou conhecimento acerca de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão Eletrônico nº 2988/2007, para contratação de serviços de manutenção predial pelo Serviço Federal de Processamento de Dados – (Serpro). Na presente etapa processual, a empresa pública, mediante pedido de reexame, questiona disposições constantes do acórdão nº 776/2009-Penário, dentre elas, a que determinou a exclusão do objeto do contrato firmado dos serviços de operação e os de atendimento de novas demandas, que não constituiriam, no ponto de vista do Tribunal, serviços de manutenção, ajustando-se, por conseguinte, o detalhamento e a periodicidade das atividades a serem realizadas pela contratada. Em seu recurso, o Serpro teve por intenção, dentre outras, excluir a menção aos "serviços de operação" da redação da aludida determinação. Para a instituição, "*os serviços dessa natureza contidos no contrato constituem serviços de manutenção, pois, ao possuírem caráter de atendimento às necessidades de segurança dos usuários e de criação de condições adequadas de uso da edificação, fazem parte do escopo da manutenção predial*". Já para a unidade técnica, os serviços de operação não poderiam fazer parte do contrato de manutenção predial, pois, "*além de estarem genericamente previstos, poderiam ser realizados pelo próprio pessoal do Serpro*". Aditou que, "*mesmo que existisse a necessidade de operação de algum equipamento e/ou instalação específicos e inexistisse pessoal habilitado para tanto no quadro de pessoal do Serpro, impor-se-ia a realização de um contrato específico e não a inserção desses serviços em contrato genérico de manutenção predial*". No voto, o relator destacou que, em tese, assistiria razão à unidade instrutiva. Todavia, o caso concreto teria que ser percebido de maneira diferenciada. Para ele, as atividades de operação, como detalhadas no projeto básico ('*operar, nos quadros elétricos de distribuição, os disjuntores e chaves magnéticas, observando o perfeito funcionamento*'; '*ligar gerador e verificar proteções*'; '*ligar e desligar a iluminação externa*', '*efetuar o acionamento e o desligamento dos disjuntores dos aparelhos de ar condicionado*') seriam interligadas à manutenção pretendida, "*podendo ser, a princípio, objeto de contratação conjunta. Tal prática, por óbvio, pode não prevalecer nas hipóteses em que os equipamentos ou instalações exijam procedimentos complexos para sua operação*". Realçou, ainda, na linha do defendido pelo relator **a quo**, que "*devem ser ponderadas a economicidade e a adequação da contratação conjunta (serviços de operação e de manutenção ou os diferentes tipos de manutenção propriamente ditos) em relação a contratações autônomas, de forma a preservar o interesse público*". Por conseguinte, ao votar pelo provimento parcial do recurso, concluiu pela necessidade de modificação da determinação anterior, para que se excluísse de sua redação os "serviços de operação", os quais, portanto, poderiam, em razão das características da contratação examinada, constar do objeto do ajuste, no que contou com a concordância do Plenário. ***Acórdão n.º 482/2011-Plenário, TC-029.783/2007-7, rel. Min. José Jorge, 23.02.2011.***

Não se pode exigir o Certificado Brasileiro de Qualidade e Produtividade de Habitat – PBQPH como requisito de habilitação em processo licitatório

Auditoria realizada na Secretaria Executiva do Ministério das Cidades – (MICI), na Caixa Econômica Federal – (CEF), na Secretaria de Obras do Distrito Federal e na Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap, teve como objetivo analisar a aplicação de recursos federais nas obras de construção de 429 unidades habitacionais unifamiliares em Brasília/DF, vinculadas ao Contrato de Repasse n. 227.245-44/2007, firmado entre a União e o Governo do Distrito Federal, com a finalidade de transferência de

recursos financeiros para a urbanização da Vila Dnocs, em Sobradinho/DF. Dentre as potenciais irregularidades apontadas pela equipe de auditoria, constou a exigência de "Certificado do Nível A emitido pelo Governo do DF – Edificações" (com certificação de qualidade PBQP-H) no edital da Concorrência 60/2008, realizada pela Novacap. A esse respeito, os responsáveis pela irregularidade invocaram o artigo 9º do Decreto Distrital n. 21.681/2000, segundo o qual "*as administrações direta e indireta do Distrito Federal, que assinarem o Termo de Adesão, inserirão em suas licitações de obras, projetos e serviços de engenharia exigências relativas à demonstração da qualidade de produtos e serviços, conforme os critérios nacionais do PBQP-H*". Todavia, o relator entendeu não haver respaldo legal para tanto, pois, apesar da existência do normativo distrital informado, "*não se pode olvidar que a Constituição Federal atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação e, nesse sentido, não pode uma norma distrital estabelecer condições conflitantes com a Lei Federal*". Nesse quadro, enfatizou ser firme a jurisprudência do TCU "*quanto à ilegalidade da exigência de apresentação de certificação de qualidade como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, aceitando apenas a possibilidade da sua previsão no edital como critério de pontuação técnica*". Por conseguinte, propôs, e o Plenário anuiu, que fosse expedida determinação ao Governo do Distrito Federal para que, em licitações futuras, não inclua exigência de apresentação de Certificado Brasileiro de Qualidade e Produtividade de Habitat – PBQPH como critério de habilitação, sob pena de aplicação da multa. Precedente citado: Acórdão nº 1.107/2006 – Plenário. ***Acórdão nº 492/2011-Plenário, TC-000.282/2010-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 23.02.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 1º e 02 de março de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

O regime de empreitada por preço global é compatível com a realização de medições mensais, para o pagamento de serviços executados

O TCU, mediante representação, examinou possíveis irregularidades na Concorrência nº 172/2010, levada à efeito pelo Serviço Social da Indústria – Departamento Regional no Espírito Santo – (Sesi/DR-ES) e destinada à contratação de empresa para construção do Centro Integrado do Sesi/Senai na cidade de Anchieta/ES. Dentre tais irregularidades, constou a previsão da realização de medições mensais dos serviços executados, o que seria, aparentemente, incompatível com o regime de empreitada por preço global, implicitamente adotado no certame, para o qual as medições deveriam ser efetuadas por eventos, no entender da unidade instrutiva. Para o relator, todavia, não haveria incompatibilidade entre tal regime e a feitura de medições, conforme jurisprudência do próprio TCU. Segundo ele, “a*s medições – que podem até ser mensais – são necessárias para verificar o andamento das etapas previstas da obra ou do serviço e evitar que haja pagamentos antecipados ou indevidos*”. No caso concreto, em que sequer teria havido a elaboração de cronograma das obras, teria sido necessário “*definir, prévia e objetivamente, as etapas previstas para execução da obra, mediante a apresentação de memorial descritivo ou cronograma físico-financeiro detalhado*”, o que, de fato, não ocorrera. Contudo, apesar de considerar regular o uso de medições combinado com o regime de empreitada por preço global, em razão de diversas outras irregularidades, entendeu ser a providência mais adequada determinar ao Sesi/DR-ES a adoção das providências com vistas à anulação da Concorrência nº 172/2010, apresentando voto nesse sentido, no que contou com a anuência do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 1998/2008 e 81/2010 e Decisão 535/2000, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 534/2011-Plenário, TC-032.619/2010-3, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 02.03.2011.***

Licitações do tipo técnica e preço: atribuição de pontuação distinta para técnica e preço demanda justificativa

Para o exame de representação por meio da qual teve notícias de possíveis irregularidades na Concorrência 1/2010, promovida pela Secretaria Executiva do Ministério do Esporte, e que teve por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria, planejamento estratégico e prestação de serviços de assessoria de imprensa e relações públicas para promover o Ministério do Esporte, seus programas e suas ações, no Brasil e no exterior, o TCU promoveu diligência para esclarecer, dentre outros fatos, as razões para atribuição de peso 6 para a proposta técnica e peso 4 à proposta de preço, em desconformidade com o item 9.3.6 do Acórdão 1488, de 2009, do Plenário do Tribunal. Naquela oportunidade, o colegiado entendeu elevados os pesos 7, para técnica, e 3, para preço. Para o Ministério, a

atribuição dos pesos na Concorrência 1/2010 estaria de acordo com o **decisum** de 2009, do que divergiu o relator. Para ele, na espécie, "*a redução da diferença entre os pesos, embora signifique avanço em relação ao edital anterior, não atende integralmente a determinação do Acórdão 1.488/2009 – Plenário*". Ainda segundo o relator, seria essencial, e não constou do edital da Concorrência 1/2010, a apresentação de justificativas técnicas que demonstrem a razoabilidade da ponderação, uma vez que "*a adoção de critério desproporcional poderia acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração*". Nesse sentido, estaria configurado o descumprimento parcial da determinação anterior do Tribunal. Entendeu, todavia, ser suficiente, no ponto, a expedição de alerta ao Ministério do Esporte, de modo a evitar irregularidade semelhante em suas futuras licitações, votando nesse sentido, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão nº 546/2011-Plenário, TC-033.677/2010-7, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 02.03.2011.***

Licitações de obras públicas: devem ser desclassificadas as propostas de licitantes que não contenham a composição de todos os custos unitários dos itens

Levantamento de auditoria realizado pelo TCU na superintendência regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT) nos estados de Rondônia e Acre acerca das obras de manutenção de trechos rodoviários da BR-364/RO identificou, dentre outras potenciais irregularidades, suposto prejuízo derivado do excessivo rigor na desclassificação da proposta da empresa A. A. Construções Ltda., por ter apresentado, em duas licitações referentes à manutenção de trechos rodoviários da BR-364/RO, propostas sem as composições de preços unitários dos itens "aquisição de material betuminoso" e "transporte de material betuminoso", em desacordo com o preceituado no item 15.4, alínea "a", dos editais dos sobreditos certames licitatórios. Para a unidade instrutiva, a Comissão Permanente de Licitação- (CPL) do DNIT deveria ter diligenciado à empresa, com vistas a sanar as falhas formais da proposta, antes de sua desclassificação. Além disso, os membros da Comissão não teriam acolhido recurso interposto pela A.A. Construções Ltda., por meio do qual a licitante teria apresentado todas as composições de custos unitários. Por isso, para a unidade técnica, os membros da CPL-DNIT deveriam ser responsabilizados solidariamente pelo débito, por meio de processo de tomada de contas especial - TCE, quantificado a partir do somatório das diferenças, a menor, dos valores ofertados pela A.A. Construções Ltda., nos referidos certames, em comparação com as propostas das demais licitantes vencedoras. No voto, o relator, ao apresentar sua discordância, argumentou que, "*ainda que aparentemente mais vantajosa à Administração, a proposta que não guardar consonância com o edital deverá ser desclassificada em atenção ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993, por meio de decisão motivada, registrada em ata*". Ademais, ainda para o relator, "*a inobservância a dispositivos do edital, incluindo-se a obrigatoriedade de apresentação da composição de todos os custos unitários, tem, por vezes, levado à imposição de penalidade aos membros da CPL e a gestores que não promovem a desclassificação das propostas desconformes com o instrumento convocatório, em desacordo com o art. 41 da Lei de Licitações*". Assim, conforme o relator, teriam agido com razão os membros da CPL-DNIT, ao promover a desclassificação da A.A. Construções Ltda, razão pela qual propôs que não fosse feita a conversão do processo em TCE, o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão nº 550/2011-Plenário, TC-019.160/2008-4, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 02.03.2011.***

Licitação para aquisição de cartuchos e toners originais do fabricante: é adequado o uso da expressão "de qualidade equivalente"

Mediante representação, o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades ocorridas no Pregão 95.380-05/20, conduzido pela Base de Fuzileiros Navais da Ilha das Flores da Marinha do Brasil – (BFNIF), cujo objeto consistiu na formalização de ata de registro de preços de materiais de informática, processamentos de dados, eletroeletrônicos e materiais para cozinha. Dentre elas, constou a exigência de que os cartuchos e **toners** deveriam ser, obrigatoriamente, originais do fabricante das impressoras. Ao examinar o feito, o relator consignou que deveria ser rejeitada a redação do item em questão, que previu que os licitantes, caso apresentassem bens diferentes dos especificados, ofertassem produtos comprovadamente de padrão superior e de marcas reconhecidas pelo mercado e pelos órgãos de controles. Para ele, tal exigência feriria os princípios da igualdade e do julgamento objetivo, visto que "*pode permitir a apresentação de produtos que não atendam estritamente à especificação do edital, até porque a definição da dita 'qualidade superior' guarda inegável grau de subjetividade, de modo que pode contrariar os preceitos básicos de um certame pelo uso do pregão, que pressupõe critérios objetivos de especificação de qualidade*". Entretanto, ainda para o relator, a expressão "de qualidade equivalente" seria mais adequada à situação narrada e informaria que é cabível exigir dos licitantes o fornecimento de produtos novos, não

remanufaturados, e solicitar amostras do licitante classificado em primeiro lugar. Por conseguinte, propôs a expedição de determinações corretivas, de modo a evitar a irregularidade em futuras licitações a serem promovidas pelo o BFNIF. O Plenário, nos termos do voto, concordou a proposição. ***Acórdão nº 553/2011-Plenário, TC-033.960/2010-0, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 02.03.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 15 e 16 de março de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

PLENÁRIO

Licitações de obras públicas: no caso de alteração do projeto originário, há que se demonstrar, motivadamente, que a nova solução é de fato superior, sendo que, quando se verifique desfiguração significativa do projeto inicial, a realização de nova licitação é imprescindível

Ao apreciar embargos de declaração opostos pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT) em face de determinação veiculada pelo Acórdão 749/2010-Plenário, no sentido de que, nas alterações contratuais relativas às obras à cargo daquela autarquia, o limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 aplica-se separadamente às supressões e acréscimos de quantitativos à planilha, a cada alteração contratual devidamente justificada, o Tribunal afastou o entendimento manifestado pela instituição quanto à da natureza secundária que teriam as soluções construtivas e outras especificações incorporadas ao projeto de uma obra, para a correta identificação do empreendimento. Para o DNIT, como tais situações teriam papel apenas coadjuvante ao objeto visado, as escolhas técnicas e especificações poderiam ser alteradas em qualquer fase da obra e, mais ainda, constituiriam exceção ao procedimento preconizado na determinação questionada, no sentido de que a supressão dos itens relativos às soluções técnicas e especificações a serem substituídas na fase de execução contratual não estariam sujeitos ao limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993. Para o relator, todavia, a simples leitura das disposições constantes do art. 6º, inciso IX, do estatuto das licitações públicas, seria suficiente para esclarecer que toda e qualquer obra é caracterizada pelo seu projeto, e que este deve conter, obrigatoriamente, "*a identificação dos tipos de serviço e materiais necessários à execução, com as respectivas especificações*". Deveria incorporar, também, *"todas as soluções globais e localizadas, minimizando a necessidade de maiores detalhamentos por ocasião da elaboração do projeto executivo*". Assim, não teria absolutamente qualquer fundamento legal

ou fático, portanto, a assertiva de que, na obra rodoviária, o objeto estaria definido com a simples informação de que se trata de construção e pavimentação, e com a indicação do trecho e da extensão. Também equivocada, ainda segundo o relator, a noção de que a reformulação do projeto, por considerar soluções por ele não albergadas, traria maiores benefícios à obra, acarretando automaticamente a alteração contratual para substituição da solução anterior pela nova concepção. Segundo o relator, em primeiro lugar, deve-se ter presente que, "*no contrato administrativo, todas as partes contratantes estão inexoravelmente adstritas aos termos da licitação e da proposta que deram origem ao contrato (art. 54, § 1º, da Lei 8.666/1993)*", e, além disso, no caso de alteração do inicialmente ajustado, "*há que se demonstrar que a nova solução é de fato superior, com explicitação dos motivos pelos quais não foi ela consagrada no projeto original, durante sua elaboração*". Na espécie, em obras relativas à engenharia rodoviária, segundo o ponto de vista do relator, "*as soluções técnicas aplicáveis a cada situação real já são bem conhecidas pelos projetistas que operam nessa área. Há plenas condições de se determinar, a priori, a solução técnica adequada a cada problema*". Assim, mesmo nos casos extremamente raros em que não se possa determinar de antemão a melhor solução técnica, será necessário, ainda, "*verificar o grau de ofensa das alterações necessárias no contrato às condições advindas da licitação, pois havendo desfiguração significativa do projeto inicial a realização de nova licitação será inevitável*". Por conseguinte, votou, e o Plenário consentiu, pelo não provimento dos embargos. ***Acórdão n.º 591/2011-Plenário, TC-022.689/2006-5, rel. Min. Augusto Nardes, 16.03.2011.***

Após a manifestação, imediata e motivada, do licitante da intenção de recorrer em um pregão, a apreciação inicial dos argumentos apresentados é de incumbência do Pregoeiro, o qual pode negar seguimento ao expediente, por falta do atendimento dos requisitos estabelecidos na normatividade
Representação trouxe notícias ao Tribunal a respeito de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico para Registro de Preços n.º 34/2010, realizado pelo Ministério das Comunicações, tendo por objeto a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de tratamento técnico arquivístico do acervo documental daquele órgão. Dentre tais irregularidades, as quais, inclusive, levaram à suspensão cautelar do certame pelo TCU, constou suposto indeferimento indevido da intenção de recorrer da representante, o que, além de não encontrar amparo no edital, não encontraria guarida na Lei 10.520/2002 ou no Decreto 5.450/2005, regulamento do assunto, em âmbito federal. Ao examinar a situação, o relator destacou, inicialmente, que o art. 4º, inciso XVIII, da Lei 10.520/2002, dispõe, expressamente, caber à qualquer licitante a possibilidade de manifestar, imediata e motivadamente, intenção de recorrer, devendo, no prazo de três dias, apresentar as razões recursais. No entanto, referida norma não definiria a quem caberia fazer o juízo de admissibilidade do recurso, nem a quem o mesmo seria endereçado. Nesse contexto, o Decreto n.º 5.450/2005 consigna, expressamente (art. 11, VII), caber ao pregoeiro, dentre outras atribuições, *"receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão"*. Verifica-se, desse modo, que o exame da admissibilidade do recurso foi atribuído ao pregoeiro, ao passo que o exame de mérito – no caso de não haver juízo de retratação por parte do pregoeiro – constitui atribuição da autoridade superior, conforme previsto noutro dispositivo do Decreto n.º 5.450/2005 (art. 8º, inc. IV). Assim, para o relator, a finalidade da norma, ao autorizar o pregoeiro a examinar previamente a admissibilidade do recurso, seria "*afastar do certame aquelas manifestações de licitantes de caráter meramente protelatório, seja por ausência do interesse de agir, demonstrada pela falta da necessidade e da utilidade da via recursal, seja por não atender aos requisitos extrínsecos, como o da tempestividade*". O papel do pregoeiro, em consequência, não seria o de examinar o mérito recursal, pois tal mister competiria à autoridade superior, mas sim o de verificar se os motivos consignados na intenção de recorrer possuem, em tese, um mínimo de plausibilidade para seu seguimento. Esta seria a melhor exegese da expressão 'motivadamente', contido no art. 4º, XVIII, da Lei n.º 10.520/2002, porquanto, ainda conforme o relator, "*são inúmeros os casos em que o próprio pregoeiro tem plenas condições de negar seguimento ao recurso mediante simples exame dos fundamentos apresentados*". Quanto à atuação do interessado, não seria necessário, em sua manifestação do intuito de recorrer, esgotar os fundamentos de sua irresignação, mesmo porque os prazos concedidos pela normatividade são exíguos para esse fim, mas deveria ele, dentro do possível, "*apresentar motivação que demonstre o mínimo da plausibilidade de seus argumentos, de sorte a justificar o seguimento do recurso*". Na espécie, como a recorrente manifestara-se, no momento de apresentar a intenção de recorrer, apenas afirmando que *"a licitante declarada vencedora possivelmente não cumpriu com as exigências do edital"* não evidenciara intenção motivada de recorrer em desfavor da empresa vencedora do certame, razão pela qual, no ponto, considerou acertada a decisão do pregoeiro em não dar andamento ao recurso, apresentando voto nesse diapasão, no que contou com a acolhida do Plenário. ***Acórdão n.º 600/2011-Plenário, TC-033.647/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.03.2011.***

É inviável o uso do pregão para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução
"*O pregão não deverá ser utilizado para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução*". Foi essa uma das conclusões a que o chegou o Tribunal ao analisar representação que trouxe ao seu conhecimento potenciais irregularidades no Pregão Eletrônico nº 78/2010, realizado pela Companhia Docas do Pará - (CDP), por meio do qual se pretendeu selecionar empresa para execução de serviços de engenharia, consistentes na elaboração de estudos e projetos para: (i) construção de nova portaria; (ii) centro administrativo; (iii) urbanização das vias; (iv) rampa rodofluvial; (v) terminal de múltiplo uso 2 (TMU 2); e (vi) serviços de inspeção, análise e projeto executivo de recuperação/reforço/ampliação estrutural do Píer 100 (TMU 1), no Porto de Santarém/PA. Em seus argumentos, a representante defendeu que a modalidade licitatória escolhida (pregão) não seria adequada para a contratação, *"por abarcar serviços de engenharia de elevado nível de complexidade técnica, que não se enquadrariam na categoria de 'serviços comuns'. Para ela, à luz do disposto no art. 46 da Lei nº 8.666/93, a licitação deveria ser do tipo "melhor técnica" ou 'técnica e preço', incompatíveis com o rito do pregão*"**.** Segundo a unidade técnica, apesar de o termo de referência do Pregão indicar normas, especificações técnicas e regras que a empresa contratada deveria considerar quando da execução dos aludidos serviços, não seria possível classificá-los como comuns, "*em razão das características desses serviços, cuja prestação requer intensa atividade intelectual, com razoável grau de subjetivismo, mormente em relação à elaboração dos 'projetos conceituais' – "anteprojetos, a partir dos quais a CDP decidirá pela aprovação ou não dos arranjos gerais, orçamentos e etc." –, a escolha do pregão teria sido inadequada*"**.** Ao concordar com a unidade instrutiva, o relator, em seu voto, destacou que *"se o projeto ou estudo a ser obtido pela realização do serviço por uma empresa ou profissional for similar ao projeto desenvolvido por outra empresa, dotada com as mesmas informações da primeira, esse objeto, no caso 'estudos e projetos' podem ser caracterizados como 'comuns'. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto é incomum".* Na espécie, comparando os parâmetros essenciais à caracterização dos "serviços comuns" com as peculiaridades do objeto licitado no âmbito da CDP, concluiu o relator que os serviços pretendidos pela entidade não deveriam ter sido licitados por pregão, pois o objeto do certame comportaria variações de execução relevantes, que o tornaria incompatível com a definição legal de bens e serviços comuns estabelecidos pela lei, que condiciona o uso do pregão. Assim, ainda para o relator, "*não basta que o objeto possa ser objetivamente definido pelo edital para a sua caracterização como comum. As especificações dos métodos aplicáveis usualmente no mercado e suficientes para garantirem o adequado padrão de qualidade e de desempenho devem constar, de forma detalhada, do instrumento convocatório*", o que não teria observado no edital do Pregão Eletrônico CDP nº 78/2010. Ademais, consignou o relator ser possível a existência de soluções distintas para o objeto licitado, tal como no caso concreto, a depender da capacidade técnica da empresa contratada, "*mas a diferença entre as soluções que possam ser produzidas não deverá ser significativa para a Administração, ou, mais precisamente, a consequência advinda da diferença técnica entre as soluções não poderá ser relevante para o ente contratante, de forma a propiciar-lhe vantagens ou desvantagens acentuadas, ganhos ou perdas consideráveis. Se este, no entanto, for o cenário, a técnica a ser empregada na prestação dos serviços passará a ter papel de destaque na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, merecendo, pois, a devida pontuação no certame licitatório*". Nesse quadro, por considerar inapropriado o uso do pregão para a contratação dos serviços em questão, votou por que determinasse à CDP a adoção de providências com vistas à anulação da licitação, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 2079/2007, 2471/2008 e 1039/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 601/2011-Plenário, TC-033.958/2010-6, rel. Min. José Jorge, 16.03.2011.***

Licitações e contratações públicas: 1 – Apesar de não existir na Lei 8.666/1993, expressamente, dispositivo que proíba a participação em certame licitatório de parentes da autoridade responsável pela homologação do procedimento, tal vedação pode ser extraída da interpretação axiológica do estatuto das licitações públicas
Representação levou ao conhecimento do TCU potenciais irregularidades ocorridas na aplicação de recursos oriundos do Contrato de Repasse nº 0141741-29/2002/SEDU/CAIXA, firmado entre a Caixa Econômica Federal (CEF) e o município de Marataízes/ES, destinados à construção de 1.638 metros de rede coletora de

esgoto. Dentre tais irregularidades, abordou-se, em função de sua gravidade, a contratação da empresa Square Construtora Ltda., de propriedade do sobrinho do então Prefeito, configurando possível conflito de interesse, em afronta ao art. 9º, **caput**, incisos I e III, e § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, além dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, com indícios de direcionamento do certame. Para o ex-gestor municipal, a contratação de parente próximo não seria irregular, mesmo tendo sua conduta confrontada com os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade. Não se poderia deduzir, a partir do grau de parentesco, a violação dos princípios constitucionais, uma vez que a contratação teria sido fruto de procedimento licitatório regular. No entanto, entende o relator que "*mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações em que o servidor público atue na condição de autoridade responsável pela homologação do certame, vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas...*". Por conseguinte, pela contratação da empresa do sobrinho e por outras irregularidades que propiciaram o direcionamento do certame, tais como a contratação da construtora do parente mediante convite em que apenas a empresa dele compareceu ao certame e a aceitação de "declaração" de auditor da previdência social, a informar que a Construtora Square não teria, ao tempo da licitação, débitos perante a previdência em lugar da necessária certidão negativa de débitos previdenciários, o relator votou por que se responsabilizasse o ex-prefeito e todos os demais participantes da contratação, sem prejuízo de que se aferisse, em processo apartado, o envolvimento do sobrinho do ex-prefeito nas irregularidades verificadas, para que, em momento oportuno, fosse declarada a inidoneidade da empresa de sua propriedade, caso restassem comprovados os indícios de tal envolvimento. O Plenário acolheu a proposição. Precedentes citados: Acórdãos 2.136/2006-1ª Câmara, 1785/2003-2ª Câmara, 778/2009, 1.170/2010 e 1.893/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 607/2011-Plenário, TC-002.128/2008-1, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 16.03.2011.***

Licitações e contratações públicas: 2 – Na apuração de irregularidades em processo licitatório deve ser aferida a participação dos agentes públicos envolvidos, de modo a se promover a adequada responsabilização pelos fatos danosos

Ainda na representação que levou ao conhecimento do TCU potenciais irregularidades ocorridas na aplicação de recursos oriundos do Contrato de Repasse nº 0141741-29/2002/SEDU/CAIXA, firmado entre a Caixa Econômica Federal (CEF) e o município de Marataízes/ES, constou a ausência de justificativa para a inobservância do número mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade convite (nº 53/2005), impondo-se a repetição do ato, com a convocação de outras possíveis empresas interessadas, ressalvadas as hipóteses previstas no § 7º do art. 22 da Lei nº 8.666, de 1993. Na espécie, comparecera ao certame apenas uma empresa, de propriedade do sobrinho do então Prefeito. A unidade técnica, ao analisar essa irregularidade, fez juntar aos autos pesquisa no cadastro de pessoas jurídicas da Receita Federal que indicou a existência de 25 possíveis fornecedores em condições de atender à licitação em questão, no município de Marataízes ou em municípios vizinhos. Promovida a oitiva dos responsáveis, o ex-presidente da Comissão Permanente de Licitação – (CPL) justificou-se apontando dificuldades para proceder ao convite das empresas, como: falta de servidores e de veículos, dificuldades de encontrar licitantes, muitas empresas seriam firmas individuais e falta de interesse dos potenciais participantes do certame. Já duas ex-integrantes da CPL, também ouvidas por esta irregularidade, informaram que, ao período dos fatos, teriam sido recém nomeadas para a função, sem receber devido treinamento, além de terem seguido as orientações do presidente da CPL, que era advogado. Alegaram, ainda, falta de clareza da Lei de Licitações a esse respeito, bem como a inaplicabilidade da Súmula TCU nº 248. Ao examinar o assunto, o relator enfatizou que, embora exista orientação jurisprudencial do TCU sobre o assunto, o tema não seria de fácil domínio junto à doutrina. Assim, mensurando a contribuição para a irregularidade em questão, concluiu ser a maior parte atribuível ao então presidente da CPL, pessoa qualificada para a função, conforme asseverado pelo próprio responsável, em suas justificativas. Já as demais integrantes da comissão teriam desempenhado papel secundário no transcurso do convite nº 53/2005. Assim, para estas, a aplicação da penalidade proposta pela unidade técnica seria desproporcional. Diferente seria a situação de outra componente da CPL, que, ao tempo dos fatos, acumulava a função com a de a de assessora jurídica da Prefeitura. Por possuir possui formação jurídica, era de se esperar da responsável, na opinião do relator, "*conduta diversa, consignando no processo que a não repetição do convite após o comparecimento de apenas uma licitante, sem a devida justificativa, contrariava a norma aplicável*". Por conseguinte, tendo em conta a participação de cada um dos ex-membros da comissão, votou o relator por que a irregularidade fosse atribuída ao ex-Presidente da CPL, à ex-integrante da comissão e assessora jurídica da prefeitura, que conduziram e instruíram esta fase da licitação, bem como

ao ex-prefeito de Marataízes, que homologou o procedimento. O Plenário acolheu a proposição. Precedentes citados: Súmula/TCU 248, ***Acórdão n.º 607/2011-Plenário, TC-002.128/2008-1, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 16.03.2011.***

Na contratação da prestação de serviços, no caso de não adoção, em caráter excepcional, da remuneração por resultados ou produtos, deve ser promovido o adequado detalhamento do grau de qualidade exigido em relação aos serviços e na estimativa prévia da quantidade de horas, justificando quando não for possível ou necessário tal procedimento

Ao decidir, no mérito, representação promovida em desfavor da Concorrência nº 1/2010, conduzida pelo Instituto Brasileiro de Turismo – (Embratur), e cujo objeto consistiu na contratação de serviços de consultoria e execução de relações públicas e assessoria de imprensa no exterior, para divulgar o Brasil como destino turístico, o Tribunal, dentre outras possíveis irregularidades, examinou a previsão de contratação de serviços baseada em critério de remuneração por hora-homem, em detrimento da remuneração por resultados ou produtos obtidos, em afronta ao disposto no art. 11 da Instrução Normativa nº 2, de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP. Promovida sua oitiva, o Presidente da Embratur informou haver determinado providências internas à instituição, com vistas à correção do problema. Nesse sentido, a fragilidade detectada em relação ao critério de remuneração adotado (homem-hora) seria equacionada, de acordo com o Presidente da entidade administrativa, pela inserção nos contratos de prestação de serviços assinados com as vencedoras do certame, de cláusula que obriga à emissão das ordens de serviço com o conteúdo de que "*todos os serviços necessários à execução do objeto do Contrato deverão ser discriminados e previamente aprovados pela EMBRATUR, por meio de Ordem de Serviço, contendo os itens estabelecidos no art. 15, VI, da IN nº 2/2008 da SLTI/MP, tomando-se por base os valores fixados na planilha de composição de preço"*. Tal providência, na opinião do relator do feito, apesar de estar em conformidade com o que fora proposto pela unidade técnica do Tribunal, seria insuficiente para suprir, integralmente, as necessidades de controle da execução contratual, uma vez que não contemplaria campos com a indicação da prévia estimativa da quantidade de horas requeridas na execução do serviço e da qualidade exigida em relação a ele. Ainda segundo o relator, os campos atinentes à prévia estimativa da quantidade de horas demandadas na realização da atividade designada e à avaliação da qualidade dos serviços têm previsão expressa nas alíneas "d" e "g" do inciso VI do art. 15 da IN-SLTI/MP nº 2, de 2008. E, portanto, "*tais critérios são fundamentais nos casos – como o tratado nesta oportunidade – em que se admite, excepcionalmente, pelas características singulares do objeto, a não adoção da remuneração por resultados ou produtos, de forma que a Administração Pública não fique à mercê do contratado e termine remunerando a ineficiência*". Por conseguinte, votou por que se expedisse determinação corretiva à Embratur , de modo que, em seus futuros contratos, altere suas ordens de serviço, incluindo todos os campos definidos no art. 15 da IN-SLTI/MP nº 2, de 2008, em especial os referentes ao detalhamento do grau de qualidade exigido em relação aos serviços e na prévia estimativa da quantidade de horas, justificando quando não for possível ou necessária a inclusão de algum desses campos. O Plenário, nos termos do voto do relator, manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 608/2011-Plenário, TC-020.598/2010-6, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 16.03.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 22 e 23 de março de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

PLENÁRIO

Deve ser justificada a limitação excepcional quanto ao número de empresas a integrarem consórcios, quando seja admitida a participação destes em processo licitatório

Denúncia formulada ao Tribunal trouxe notícia acerca de possíveis irregularidades na Concorrência Internacional 010/2010, realizada pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – (Infraero), cujo objeto consistiu na contratação de empresa para execução das obras e serviços de engenharia para reforma, ampliação e modernização do terminal de passageiros do Aeroporto Internacional Tancredo Neves – Confins. Dentre tais irregularidades, estaria o impedimento, mediante cláusula do edital norteador do certame, da participação de consórcios, o que poderia, para a unidade técnica, restringir o caráter competitivo do certame. Ao ser ouvida a respeito, a Infraero alegou que tal medida foi adotada tendo em conta diversos problemas incorridos em contratações efetuadas recentemente com consórcios, com muitos problemas advindos daí. Por conseguinte, demandou a entidade autorização do Tribunal para que, em caráter excepcional, aceitasse a formação de consórcios com no máximo três empresas, sendo tal excepcionalidade estendida aos demais empreendimentos vinculados à Copa do Mundo e de incumbência da estatal. No caso da obra de Confins, ainda para a Infraero, o número de três seria justificável, pois no empreendimento haveria três especialidades distintas: obras civis, sistemas eletromecânicos e sistemas eletroeletrônicos. Ao examinar a matéria, a unidade instrutiva destacou, inicialmente, que a participação de consórcios seria discricionariedade para a Administração, em face de dispositivo constante da Lei 8.666/1993 (art. 33), e em linha com a jurisprudência do TCU, na qual, como regra geral, o Tribunal tem decidido que, "*por ausência de previsão legal, é irregular a condição que estabeleça número mínimo ou máximo de empresas participantes no consórcio"*. Seriam, então, duas situações: por um lado, permitir ou não a participação de empresas em consórcio, estaria dentro da discricionariedade concedida à Administração; por outro, caso permitida a participação de consórcios, não caberia à Administração estabelecer condições não previstas expressamente na Lei. Todavia, no caso concreto, para a unidade técnica seria "*perfeitamente aceitável a limitação do número de empresas consorciadas, em caráter excepcional, impedindo a pulverização de responsabilidades*", considerando-se, ademais, a importância das obras, necessárias à infraestrutura aeroportuária para a Copa do Mundo de 2014. Ao concordar com as análises da unidade técnica, o relator enfatizou que a Infraero deverá, em cada caso concreto, justificar a decisão por eventual limitação a um número máximo de empresas integrantes em consórcios, quando seja admitida a participação destes em processo licitatório pela empresa, razão pela qual propôs que se expedisse determinação à entidade nesse sentido, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: 312/2003, 1297/2003 e 1454/2003, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 718/2011-Plenário, TC-000.658/2011-1, rel. Min. Valmir Campelo, 23.03.2011.***

No caso de serem extrapolados valores máximos contidos em normativo referencial, caberia à instituição promovedora da licitação apresentar justificativas para a situação

Mediante representação, o Tribunal apurou suposta irregularidade no Pregão nº 59/2010, levado a efeito pela Universidade Federal do Paraná - (UFPR), para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de vigilância armada e desarmada. Para o relator, a questão central em debate nos autos residiria no descumprimento, por parte dos gestores da UFPR, dos preços mensais máximos, por postos de vigilância, estabelecidos na Portaria nº 4, de 18/5/2009, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (SLTI/MP). Na espécie, para estimar o preço da contratação, a UFPR elaborara orçamento referencial por meio de cotação de preços com três sociedades empresárias do ramo, em descompasso com os fixados naquele normativo. Para o relator, o procedimento adotado pela Universidade Paranaense estaria em consonância com as disposições do Decreto Federal 5.450, de 2005 – que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, uma vez que "*a observância aos preços mensais máximos fixados em portaria não obsta a cotação de preços pela Administração, mesmo porque tal aferição pode resultar na economicidade dos contratos administrativos, haja vista a possibilidade de evidenciar custos referenciais mais condizentes com a realidade de mercado*". Nesse quadro, sendo o caso de serem extrapolados valores contidos em normativo referencial, caberia à UFPR justificar tal situação, o que não ocorrera, efetivamente. Entretanto, ao analisar os preços praticados, o relator concluiu não ter havido ato antieconômico, apesar da falha formal detectada, e, por conseguinte, votou por que fosse expedida determinação corretiva à UFPR, de modo a evitar falha semelhante em seus futuros certames licitatórios. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 2.532/2008, do Plenário. ***Acórdão n.º 651/2011-Plenário, TC-020.064/2010-1, rel. Min. Augusto Nardes, 23.03.2011.***

Na realização de processos licitatórios deve ser observada a segregação de funções, não se admitindo o acúmulo de atribuições em desconformidade com tal princípio

Por intermédio de representação, foram trazidas informações ao Tribunal a respeito de possíveis irregularidades ocorridas em procedimentos licitatórios para a aquisição de medicamentos pela Secretaria Municipal de Saúde do Município de Cachoeiro de Itapemirim, no Espírito Santo. Diversas condutas adotadas pelos responsáveis pelas licitações examinadas mereceram a reprovação do relator, em especial, a condição de um dos membros da Comissão de Licitação, que, ao mesmo tempo, seria Chefe do Setor de Compras do órgão. Tal situação seria inadequada, pois o referido membro, ao exercer a dupla função de elaborar os editais licitatórios e de participar do julgamento das propostas, agiria em desconformidade com o princípio de segregação de funções. Em consequência, por conta dessa circunstância, propôs o relator a expedição determinações corretivas ao Município de Cachoeiro do Itapemirim, de maneira a evitar falhas semelhantes nas futuras licitações que envolvam recursos públicos federais, em especial a inobservância da segregação de funções. ***Acórdão nº 686/2011-Plenário, TC-001.594/2007-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 23.03.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 29 e 30 de março de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Participação de empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional: 1 – A atuação do TCU é justificada quando são indicados contratos ou licitações em que uma empresa possa ter sido beneficiada de maneira indevida pela opção do regime tributário do Simples Nacional
Denúncia formulada ao Tribunal trouxe notícias acerca de supostas irregularidades cometidas pela empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda., em face de sua participação no Pregão Eletrônico nº 49/2009, promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina - (IFSC), para a contratação de serviços de copeiragem e de recepção. Para o denunciante, a empresa AP Serviços teria se beneficiado, de modo indevido, da opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 - (LC 123/2006). O impedimento da opção pelo regime de tributação diferenciado decorreria de a empresa prestar serviços de cessão de mão de obra impedidos pela norma legal. Ao analisar a matéria, a unidade técnica entendeu que a denúncia não deveria ser conhecida, pois trataria de matéria tributária, estranha às competências do TCU, o qual, em duas situações análogas anteriores, houvera decidido na forma da proposta apresentada. Todavia, o relator divergiu da proposta, por considerar que, primeiramente, nos dois precedentes mencionados, as pessoas jurídicas envolvidas teriam sido denunciadas ao Tribunal unicamente em face de sua opção, possivelmente indevida, pelo Simples Nacional, sem que tivessem sido apontadas licitações nas quais tal opção tivesse levado a benefícios indevidos por parte das denunciadas. No presente caso, ainda para o relator, o denunciante evidenciou que quatro contratos foram firmados pela empresa AP Serviços com o IFSC, a possibilitar a atuação do Tribunal, para que, por exemplo, procedesse à análise da participação da referida empresa no certame que originou os contratos, com o uso de benefício que não lhe seria devido. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão 221/2011, do Plenário. ***Acórdão n.º 797/2011-Plenário, TC-024.993/2010-7, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 30.03.2011.***

Participação de empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional: 2 – É possível a participação de empresas optantes pelo Simples Nacional em licitações para contratação de serviços de cessão de mão de obra vedados pela Lei Complementar 123/2006, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e que,

caso venha a ser contratada, faça a comunicação ao órgão fazendário competente, para fins de exclusão do regime diferenciado, e para que passe a recolher os tributos pelo regime comum

Outra suposta irregularidade indicada na denúncia relacionada à participação da empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda. no Pregão Eletrônico nº 49/2009, promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina - (IFSC), também diretamente ligada ao fato de a LC 123/2006 vedar a opção pelo Simples Nacional por parte de empresas que prestam serviços de cessão ou locação de mão de obra nas áreas de copeiragem e de recepção, seria a firmatura pela empresa AP Serviços com o IFSC de quatro contratos nessas áreas, em consequência de ter vencido itens correspondentes no Pregão Eletrônico nº 49/2009. Em seu voto, o relator concordou que os serviços prestados pela AP Serviços por intermédio dos contratos firmados como o IFSC, realmente não lhe permitiriam a opção pelo regime do Simples Nacional. Todavia, enfatizou que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, "*determinada empresa optante do Simples pode participar de licitações cujo objeto seja a prestação de serviços vedados pela LC nº 123, de 2006, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e que, caso venha a ser contratada, faça a comunicação ao órgão fazendário competente, para fins de exclusão do regime diferenciado, e passe a recolher os tributos pelo regime comum e não pelo diferenciado - o Simples Nacional -, mais vantajoso*". Nesse quadro, o TCU orientara suas próprias unidades administrativas que, "*na constatação de qualquer situação impeditiva de opção pelo Simples Nacional pelas microempresas ou empresas de pequeno porte contratadas pelas unidades gestoras executoras do TCU, as mesmas deverão ser consideradas excluídas do Simples Nacional, estando sujeitas às retenções de todos os tributos devidos. A situação de impedimento de opção pelo Simples Nacional deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à microempresa ou empresa de pequeno porte contratada, mediante ofício*". No caso concreto, verificou o relator, entretanto, não haver indícios que demonstrassem que a condição de optante pelo Simples Nacional tenha acarretado a vitória da empresa AP Serviços em quatro itens do Pregão Eletrônico nº 49/2009, razão pela qual concluiu não confirmada a suspeita de fraude levantada pela denunciante. Por outro lado, entendeu o relator que nada impediria a oportuna fiscalização dos órgãos fazendários competentes, com o fito de verificar se os recolhimentos por parte da empresa ocorreram no regime tributário correto. Por conseguinte, ao considerar a denúncia parcialmente procedente, e de maneira a evitar falha semelhante em futuras contratações do IFSC, votou por que se expedisse alerta à entidade administrativa, para que atente para situações que podem implicar ofensa às disposições da LC 123/2006 e que poderiam resultar em oferta de preços mais baixos em licitações por empresas que se beneficiem de custos menores, em decorrência de serem optantes, de modo indevido, do Simples Nacional. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão 2798/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 797/2011-Plenário, TC-024.993/2010-7, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 30.03.2011.***

A escolha da utilização de convênios ou contratos não se insere no âmbito da discricionariedade e é determinada pelas normas aplicáveis à matéria

Ao examinar representação que informou ao TCU possíveis irregularidades na execução do contrato celebrado entre a Caixa Seguradora S.A., coligada da Caixa Econômica Federal – Caixa, e a empresa Gerencial Brasitec Serviços Técnicos Ltda., cujo objeto consistiu na atuação desta última como responsável por fiscalizar, orçar custos e selecionar empresas para os serviços de reparação de imóveis vinculados à Apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação – SH/SFH, o relator divergiu de entendimento mantido por unidade técnica do Tribunal de que a escolha do instrumento de convênio ou contrato, no caso, estaria inserida no âmbito da discricionariedade das entidades administrativas do Estado. Para ele, "*na Administração Pública, a adoção de cada uma dessas modalidades de avença está vinculada ao disposto no art. 48 do Decreto nº 93.872/1996 e nos demais normativos em vigor*". Na espécie, a Superintendência de Seguros Privados – (Susep) firmara, por intermédio da Portaria MF nº 29/2006, convênio de cooperação técnica com a Caixa, objetivando inspeção em imóveis financiados e vinculados à Apólice de Seguro Habitacional do SFH, com cobertura de danos físicos aos imóveis (DFI) reconhecida por seguradora. O objetivo do convênio seria a realização pela Caixa de vistorias técnicas de engenharia em obras de imóveis sinistrados por danos físicos, em vista de a Susep não contar em seu quadro de pessoal com engenheiros ou arquitetos, o que impossibilitaria o cumprimento de atribuições que haveriam lhe sido dadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – (CNSP). Por conta do convênio, a Caixa seria remunerada pela Susep, em razão das vistorias a serem executadas, o que, na opinião do relator, constituiria, inequivocamente, pagamento da Susep à Caixa pela prestação de serviços de responsabilidade da primeira. Neste caso, ainda para o relator, haveria que se proceder a indispensável licitação, pois "*as vistorias técnicas*

de engenharia podem ser realizadas por diversas empresas atuantes no mercado, por não constituírem objeto singular que exija notória especialização”. Desse modo, a Caixa somente poderia ser contratada se fosse vencedora de eventual certame licitatório, não sendo adequada a figura do convênio, utilizada para a firmatura do acordo entre as instituições. Por isso, votou por que se expedisse recomendação a todas as instituições públicas envolvidas, de modo a corrigir a situação, ajustando-a aos preceitos normativos referenciais, no que contou com a aprovação do Plenário. ***Acórdão n.º 759/2011-Plenário, TC-001.066/2004-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 30.03.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 5 e 6 de abril de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

É admissível cláusula de edital de licitação com a exigência de que suprimentos e/ou peças de reposição de equipamentos de informática a serem adquiridos sejam da mesma marca dos equipamentos originais, quando estes se encontram no período de garantia e o termo desta última estabelece a não cobertura de defeitos em razão do uso de suprimentos e peças de outras marcas
"*Admite-se como legal cláusula editalícia que exija que suprimentos e/ou peças de reposição de equipamentos de informática sejam da mesma marca dos equipamentos originais, quando esses se encontrarem no prazo de garantia e os termos da garantia expressamente consignarem que ela não cobrirá defeitos ocasionados pela utilização de suprimentos e/ou peças de outras marcas*". Com base neste entendimento, o TCU negou provimento à representação intentada em desfavor do Pregão nº 29/2010, promovido pela Advocacia Geral da União – Unidade Regional de Atendimento em Pernambuco - (URA/PE), cujo objeto consistiu no registro de preços para eventuais aquisições de suprimentos de informática, com o fim de atender às necessidades da URA/PE e demais unidades administrativas participantes do certame. O item 01 da licitação, destinado à aquisição de cartuchos de **toner** para impressoras da marca Samsung, levou ao inconformismo da representante, em virtude do fato de terem sido exigidos cartuchos originais e genuínos da mesma marca da impressora, em razão de condição para a manutenção da garantia dos equipamentos. Para a representante, tal cláusula seria restritiva à competitividade e feriria o estatuto das licitações. Ao examinar o argumento, o relator, inicialmente, enfatizou que a jurisprudência do Tribunal é firme em condenar a especificação de marca para a aquisição de **toner** para impressoras, admitindo-se apenas *"a exigência de cartuchos originais, assim considerados aqueles produzidos ou pelo fabricante da impressora ou por outro fabricante de cartuchos de impressão, assegurada a qualidade do produto pelo próprio fabricante"*. Todavia, na espécie, caberia, para o relator, invocar o art. 15, I, da Lei n° 8.666/93, que estatui que as compras, sempre que possível, deveriam "*atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas*". Destacou o relator que, ao tempo do Pregão nº 29/2010, as impressoras da URA/PE ainda estavam sob garantia, sendo que o termo desta previa o cancelamento na hipótese de defeitos e danos causados pelo uso

de software, hardware, peças, acessórios, consumíveis, cartucho/cilindro não compatíveis com as especificações da impressora Samsung e/ou reprocessados e/ou fornecidos por fabricantes não reconhecidos pela Samsung. Assim, para que a garantia fosse mantida, não bastaria a utilização de cartuchos similares, fazendo-se necessário que fossem fornecidos por fabricantes reconhecidos pela Samsung, a qual, entretanto, não reconheceu ou certificou, no Brasil, empresa para a produção de cartuchos de **toner**. Nesse quadro, ainda segundo o relator, somente a utilização de cartuchos fornecidos pela Samsung seria capaz de assegurar a manutenção da garantia das impressoras, não havendo, destarte, irregularidade na exigência editalícia. Contudo, o relator entendeu pertinente a expedição de alerta à URA/PE para que, em futuros processos licitatórios que tratem de necessidades e circunstâncias semelhantes às do Pregão Eletrônico n° 29/2010, atente para a correta redação da exigência a ser aposta no edital, mencionando "cartuchos originais ou certificados pelo fabricante" em vez de "cartuchos da mesma marca da impressora". O Plenário, nos termos do voto do Relator, manifestou sua anuência. Precedentes citados: Acórdãos n^os^ 3129/2009 e 2154/2008, da 1ª Câmara, 1354/2007 e 3233/2007, da 2ª Câmara e 520/2005, 1010/2005, 696/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 860/2011-Plenário, TC-033.923/2010-8, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 06.04.2011.***

Como regra, as minutas dos contratos a serem firmados por instituição pública devem passar pelo exame da área jurídica. Todavia, em caráter excepcional, é possível a utilização de minuta-padrão, previamente aprovada pela assessoria jurídica, quando houver identidade de objeto e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas

Em auditoria nas obras realizadas pela Petrobras referentes ao desenvolvimento dos sistemas de produção de óleo e gás natural da Bacia de Campos, na Região Sudeste, após a oitiva dos responsáveis acerca de potenciais irregularidades aferidas, a unidade instrutiva houve por bem sugerir ao relator que o TCU expedisse alerta à estatal quanto à necessidade do prévio exame e aprovação de todas as minutas de contratos administrativos, ajustes e congêneres, bem como de editais licitatórios, por parte de sua unidade jurídica própria, ante a existência de disciplina legal afeta ao tema (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). O relator, todavia, manifestou divergência quanto à proposição. Para ele, por conta de decisão recente, o TCU, ao apreciar pedido de reexame interposto pela própria Petrobras, reformulou posição anterior e determinou à empresa que submetesse à apreciação de sua assessoria jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, mas, em caráter excepcional, autorizou-a a utilizar minuta-padrão, previamente aprovada pela assessoria jurídica, quando houver identidade de objeto - e este representar contratação corriqueira - e quando, ainda, não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta-padrão. Por conseguinte, no ponto, com a acolhida do Plenário, deixou de encampar a proposta da unidade técnica. Precedente citado: Acórdão 3014/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 873/2011-Plenário, TC-007.483/2009-0, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 06.04.2011.***

O fiscal do contrato não pode ser responsabilizado, caso não possua condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições

"*Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade*". Foi a essa uma das conclusões a que chegou o TCU ao apreciar recursos de reconsideração em sede, de originariamente, tomada de contas especial, na qual foram julgadas irregulares as contas de diversos responsáveis, relativas à execução do Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador (Planfor), no Distrito Federal, no exercício de 1999. No caso, diversas contratações foram efetivadas, e, dentre elas, uma celebrada com o Sindicato Nacional dos Trabalhadores em Sistemas de TV por Assinatura e Serviços Especiais de Telecomunicações (Sincab), na qual se constataram diversas irregularidades graves, algumas delas imputadas à executora técnica do contrato, a quem incumbiria, segundo as normas de execução financeira e orçamentária do DF, supervisionar, fiscalizar e acompanhar a execução da avença, o que não teria sido feito, conforme as apurações iniciais levadas à efeito pelo TCU. Ao examinar a matéria, a unidade instrutiva consignou que o DF não houvera proporcionado à servidora responsável pela fiscalização da avença "*condições adequadas para o desempenho de tal função, ao mesmo tempo em que sabia que eventual inexecução do contrato seria de responsabilidade desse executor técnico"*. Ademais, ainda para a unidade técnica, os elementos constantes do processo indicariam não serem exequíveis as funções de executor técnico da forma determinada, tendo em conta ser perceptível a impossibilidade de uma única pessoa cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas. Em vista da situação, a unidade técnica, com a anuência do relator, propôs a elisão da responsabilidade da recorrente,

sem prejuízo da aplicação de penalidades de outros responsáveis pela gestão do Planfor, no DF, ao tempo dos fatos. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou seu consentimento. ***Acórdão n.º 839/2011-Plenário, TC-003.118/2001-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 06.04.2011.***

Valores correspondentes a serviços de mobilização/desmobilização devem constar da planilha de custos diretos

Mediante pedido de reexame, o recorrente insurge-se contra o Acórdão nº 1.851/2009 -Plenário, resultante de apreciação originária de representação na qual foi mantido o entendimento de que deveria ser excluído, da composição do BDI incidente sobre os custos de equipamentos e serviços do Contrato nº 017/SRH/2008, o percentual referente à mobilização/desmobilização, tendo em vista que tais serviços também constariam como item da planilha orçamentária. Na instrução inicial, a unidade técnica identificou o que nominou de reincidência dos custos com mobilização/desmobilização, referindo-se a percentual de 0,5% com esses serviços na composição do BDI, constantes, também, na planilha do orçamento. A questão levou à ponderação por parte da unidade instrutiva de que a fração deveria "*ser objeto de correção, mediante o seu expurgo*", motivando-a a propor determinação nesse sentido. Na presente etapa processual, o relator, ao examinar a matéria, destacou não vislumbrar que a inclusão de percentual referente a serviços de mobilização/desmobilização na composição do BDI, a despeito da existência de item específico com esses serviços na planilha orçamentária, significasse algum tipo de manobra do recorrente, vencedor da licitação que culminou no Contrato nº 017/SRH/2008, para burlar o edital ou com o intento de diminuir a transparência da sua proposta e facilitar o sobrepreço. Haveria, inclusive, ainda conforme o relator, "*justificativa plausível da empresa para a distribuição de custos na sua proposta, fundada na compreensão de que o edital limitava os custos diretos com mobilização e desmobilização a 2% do valor ofertado para as obras civis*". Tal fato seria devido a interpretação razoável de cláusulas editalícias por parte do contratado, o qual, no ponto de vista do relator, agira com zelo ao trazer a matéria ao deslinde do TCU. Ademais, reforçou o relator, "*mais relevante é que a licitação e a assinatura do Contrato nº 017/SRH/2008 são anteriores à decisão do Tribunal que firmou entendimento no sentido de que os custos com mobilização/desmobilização não deveriam constar do BDI*", e a partir da qual o Tribunal passou a determinar a celebração de aditivos contratuais, de modo que os valores correspondentes a serviços de mobilização/desmobilização passassem a constar da planilha de custos diretos, ou então, conforme o caso, que, em futuras licitações, as instituições públicas contratantes exijam dos licitantes a apresentação de propostas nos termos estabelecidos na decisão de referência. Por conseguinte, ante as evidências de boa-fé na conduta do recorrente e considerando que o deslocamento dos valores dos serviços de mobilização/desmobilização cotados no BDI para a planilha de custos diretos não resultaria em sobrepreço ou violação às regras do edital, votou o relator no sentido de autorizar a transferência em questão, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão 325/2007, do Plenário. ***Acórdão n.º 883/2011-Plenário, TC-029.359/2008-8, rel. Min. José Múcio Monteiro, 06.04.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 12 e 13 de abril de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Na dispensa de licitação amparada no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 podem ser utilizados projetos básicos que não contemplem todos os elementos previstos no art. 6º, inc. IX da mesma norma, sendo que a contratação direta deve estar restrita somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados

Por intermédio de embargos de declaração, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), manifestou seu inconformismo em face do Acórdão nº 614/2010, do Plenário, no qual se apreciou pedido de reexame interposto contra o Acórdão nº 1644/2008-Plenário, que, por sua vez, concedeu parcial provimento ao recurso, dando a seguinte redação ao item da deliberação originária: "*1.6. determinar ao DNIT que, mesmo em obras emergenciais, providencie projeto básico com todos os elementos do art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, em obediência ao art. 7º, § 2º, inciso II, e 9º, da Lei nº 8.666/1993, sob pena anulação dos contratos com base no § 6º do mesmo artigo, ressalvando, para o caso de obras emergenciais de baixa complexidade executiva, em caráter excepcional, a possibilidade de substituição do projeto básico por planilha estimativa, desde que esta se encontre devidamente fundamentada em relatório técnico*". Na presente etapa processual, o DNIT, ao buscar o esclarecimento da decisão embargada, argumentou que a elaboração do projeto básico previamente ao início de obras emergenciais seria algo inconveniente e temerário, sob a ótica do interesse público, e que nem sempre poderia se aguardar tal providência. Situações dessa natureza, emergenciais, poderiam acontecer mesmo em caso de obras que não se limitassem a uma menor complexidade, única situação que restou excepcionada na determinação contida no item 1.6 do Acórdão nº 1644/2008-Plenário, com a redação conferida pelo Acórdão nº 614/2010-Plenário. Para o relator, de fato, "*várias situações emergenciais podem reclamar obras mais complexas, em que a prévia concepção do projeto básico não poderia ser exigida*". Assim, por um lado, em conformidade com os questionamentos de ordem prática do DNIT, em casos de emergência, seria aceitável se admitir o início das obras, de maneira justificada, antes da conclusão do projeto básico, o qual deveria ser concluído com a maior brevidade possível. Poder-se-ia, em consequência, admitir que o projeto básico fosse elaborado concomitantemente

com a obra. Por outro lado, entendeu o relator que, "*em certas situações devidamente justificadas, também pode ser permitida a simplificação do projeto básico",* pois "*não seria razoável exigir a presença de todos os elementos que definem um projeto básico elaborado em situações normais, podendo, portanto, existir casos em que alguns de seus aspectos possam não ser atendidos*". Aditou, ainda, pela necessidade de se integrar o julgado anterior por meio dos presentes embargos, de modo a deixar claro que, em atendimento ao inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, "*a contratação direta deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal, baseada em projeto básico dotado, inexoravelmente, de todos os elementos do art. 6º, inc. IX da Lei nº 8.666/1993*". Votou, então, por que se atribuísse nova redação ao item 1.6 do Acórdão n.º 1644/2008 – Plenário, para que o mesmo contemplasse todas as análises procedidas nesta etapa do processo, no que foi acompanhado pelos demais membros do Plenário. ***Acórdão n.º 943/2011-Plenário, TC-007.965/2008-1, rel. Min. Valmir Campelo, 13.04.2011.***

Não deve ser restringido o direito de recurso aos participantes em processos licitatórios
Em sede de processo de representação, o Tribunal apurou potenciais irregularidades em licitação referente ao Programa Nacional do Livro Didático – (PNLD/2013), cujo objeto consistiu na convocação de editores para o processo de inscrição e avaliação de obras didáticas destinadas aos alunos e professores dos anos iniciais do ensino fundamental, registrados nas escolas públicas que integram os sistemas de educação federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal, participantes do PNLD. Dentre tais irregularidades, constou a impossibilidade de interposição de recursos contra decisões proferidas nas fases de triagem e pré-análise das obras, em razão de determinação normativa nesse sentido (art. 18, § 3º, do Decreto nº 7.084/2010), o que poderia estar em contrariedade ao disposto no art. 109, inciso I, alínea "a", da Lei 8.666/1993. Ao ser ouvido a esse respeito, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - (FNDE) informou que, em tais fases, seriam avaliados itens objetivos, de constatação imediata, que não estariam sujeitos a controvérsia, não se aplicando, portanto, o disposto no art. 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que prevê o cabimento de recurso no caso de inabilitação do licitante. O relator, entretanto, apesar de concordar com argumento fático pela objetividade das checagens nas etapas de triagem e pré-análise, entendeu que isto não poderia como obstáculo à transparência dos atos administrativos, e tampouco poderia ser restringido o direito de recurso aos participantes em processos licitatórios, "*uma vez que essa prática não se conforma com os princípios norteadores do processo administrativo*". Além disso, ainda para o relator, a exclusão sumária de um licitante do certame, sem que se informe a este, imediatamente, as razões para tanto, também afrontaria princípios constitucionais, restringindo o direito de defesa, também de índole constitucional, inafastável aos participantes da licitação. Ao votar, o relator, enfatizando a relevância do PNLD para milhões de crianças matriculadas nas escolas públicas do País, entendeu que a melhor providência, no caso examinado, seria, em lugar de fixar prazo para alteração do edital em curso, expedir determinação às instituições públicas envolvidas que, nos próximos editais, insira a previsão de recurso também nas etapas de triagem e pré-análise, tendo o Plenário manifestado sua concordância. ***Acórdão n.º 950/2011-Plenário, TC-033.271/2010-0, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 13.04.2011.***

A revogação de processo licitatório é condicionada à ocorrência de fato superveniente, devidamente comprovado, que justifique tal medida
"*A licitação somente pode ser revogada por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado*." Foi essa uma das conclusões a que chegou o TCU ao apreciar representação que lhe foi oferecida em razão da revogação parcial da Concorrência nº 031/2008, conduzida pela Eletrobras – Distribuição Piauí (Companhia Energética do Piauí – CEPISA), que visava à contratação de escritório de advocacia para a prestação de serviços jurídicos e a contratação, por dispensa de licitação, de pessoa jurídica para a prestação de parte dos serviços objeto da referida concorrência. No lote nº 2 do certame, destinado à contratação de serviços advocatícios nas áreas trabalhista e previdenciária, uma empresa restou inabilitada, em face de decisão judicial. Cerca de três meses depois da decisão judicial, tal empresa foi contratada por dispensa de licitação, em caráter emergencial. Em seguida, os dirigentes da Eletrobras teriam revogado a licitação, o que, ainda para a representante, seria contraditório, pois os serviços do lote 1 da Concorrência nº 031/2008 teriam sido contratados. Promovida a audiência dos gestores Eletrobras no Piauí, foi informado ao TCU que diversas razões teriam sido causa determinante para a revogação do lote 2 do certame licitatório examinado, tais como: a análise técnica baseada no tempo de advocacia em detrimento da avaliação da experiência do escritório no que tange as ações complexas; inconsistências técnicas encontradas no edital; as mudanças na estrutura corporativa da entidade, etc. Para o relator, todas as causas apontadas como motivo de

revogação da licitação não justificariam tal decisão, pois não consistiriam no que é exigido pela Lei 8.666/1993 para tanto: fato superveniente, devidamente comprovado (art. 49, Lei 8.666/1993). Ilegal, portanto, a revogação da Concorrência nº 031/2008, no modo de ver do relator. Além disso, para o relator, "*está cabalmente demonstrado nos autos o interesse da Eletrobras – Distribuição Piauí em contratar escritórios que prestem serviços advocatícios nas áreas trabalhista e previdenciária, tendo em vista as contratações emergenciais e a abertura da Concorrência 1/2011, todas com o mesmo objeto da licitação revogada*". Por conseguinte, votou por que se fosse determinado à Eletrobras – Distribuição Piauí que tornasse insubsistente o ato que revogou a Concorrência 031/2008, Lote 2, por falta de amparo legal, sem prejuízo da adoção de outras medidas, com vistas à correção da situação examinada, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 955/2011-Plenário, TC-001.223/2011-4, rel. Min. Raimundo Carreiro, 13.04.2011.***

Licitação na modalidade pregão: 1 – A exigência de atestado de capacidade técnica deve ser justificável em razão do objeto licitado

Representação noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 4/2011, conduzido pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.- (Valec), cujo objeto consistiu no fornecimento de quase 245 mil toneladas de trilhos UIC-60 a serem empregados na construção da EF-334 – Ferrovia de Integração Oeste-Leste (Fiol), no trecho de Ilhéus/BA a Barreiras/BA, e na extensão sul da EF-151 − Ferrovia Norte-Sul (FNS). Dentre tais irregularidades, constou a exigência editalícia de atestado de capacidade técnica relativo a fornecimento anterior de quantidades iguais ou superiores a 110.000 (cento e dez mil toneladas), correspondente a 44,97% do total da aquisição prevista, o que teria restringido a competitividade do certame. Ouvidos em audiência, a Valec e a empresa vencedora do certame alegaram que tal exigência seria admissível, uma vez que se situaria um pouco abaixo dos 50% que vem sendo considerado aceitável pela jurisprudência do TCU. Porém, para o relator, "*além de tais percentuais não poderem ser comparados de forma isolada, sem a análise de outros fatores, a exigência de atestado de fornecimento da referida quantidade – admitindo-se, inclusive, a soma de atestados – não encontra, a meu ver, qualquer respaldo técnico*". Nesse quadro, citou outras oportunidades em que, em uma, a própria Valec estipulou a simples apresentação de atestado de fornecimento destes bens como requisito de qualificação, sem quantitativo mínimo, e, em outra, fixou a comprovação de execução anterior equivalente a apenas 20% do quantitativo pretendido. Em tais situações, para o relator, grandes somas também foram dispendidas pela contratante, o que tornaria pouco razoável o argumento de que, das outras vezes, os pregões eram de valores menores ou não representativos quando comparados com o pregão em análise. Assim, a exigência de qualificação impugnada seria inadmissível, e poderia, efetivamente, ter contribuído para a restrição indevida da competitividade do certame. Contudo, como, nesta etapa processual, a apreciação por parte do Tribunal ainda não ocorreria de forma conclusiva, votou o relator por que, primeiramente, os responsáveis fossem ouvidos em audiência, para que, ao fim, o Tribunal se pronunciasse quanto ao mérito da representação, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 2.088/2004, 784/2006, 2.656/2007, 2.297/2007, 2.215/2008, 2.625/2008, 717/2010 e 1.432/2010, todos do Plenário. ***Acórdão nº 933/2011-Plenário, TC-004.513/2011-8, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 13.04.2011.***

Licitação na modalidade pregão: 2 – A ausência da composição unitária do orçamento-base gera insegurança quanto à confiabilidade do preço de referência, razão pela qual, apesar de não ser elemento obrigatório do edital, deve estar compulsoriamente inserido no processo relativo ao certame

Ainda na representação que noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 4/2011, conduzido pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.- (Valec), e cujo objeto consistiu no fornecimento de quase 245 mil toneladas de trilhos UIC-60 a serem empregados na construção da EF-334 – Ferrovia de Integração Oeste-Leste (Fiol), no trecho de Ilhéus/BA a Barreiras/BA, e na extensão sul da EF-151 − Ferrovia Norte-Sul (FNS), apurou-se a não composição dos custos unitários no orçamento-base no edital de referência, o que teria inibido a participação dos licitantes, em virtude da formação do preço não se apresentar de maneira transparente, resultando, ainda, em dificuldades no controle e aferição dos preços propostos. Em suas defesas, a Valec e a licitante vencedora do certame, apoiadas em julgados do Tribunal, afirmaram que, no caso de licitação na modalidade pregão, seria dispensada a apresentação da referida composição de preços, exigindo-se apenas o orçamento estimado em planilhas e o preço unitário. A unidade técnica, em análise a precedentes jurisprudenciais, identificou duas situações distintas. Na primeira delas, o Tribunal teria mantido o posicionamento de que, "*na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui elemento obrigatório do edital, porém tal*

detalhamento deve estar obrigatoriamente inserido no processo relativo ao certame". Noutra oportunidade, a conclusão do TCU foi de que, "*no caso concreto, a não apresentação do orçamento detalhado no edital foi compensada com a apresentação dos elementos necessários no processo administrativo que serviu de base ao certame".* No caso do Pregão nº 4/2011, nenhuma das duas situações teria sido verificada, pois *"não há no edital, tampouco no processo administrativo, o detalhamento do orçamento-base da Valec*". Para o relator, "*o fato é que a ausência da composição unitária detalhada para os serviços incluídos no objeto do pregão em exame (relacionados, por exemplo, com o transporte terrestre dos trilhos, o respectivo empilhamento, dentre outros) confere insegurança quanto à confiabilidade do preço de referência*", concordando, portanto, com a unidade técnica quanto à irregularidade examinada. Contudo, como, nesta etapa processual, a apreciação por parte do Tribunal ainda não ocorreria de forma conclusiva, votou o relator por que, primeiramente, os responsáveis fossem ouvidos em audiência, para que, ao fim, o Tribunal se pronunciasse quanto ao mérito da representação, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºˢ 114/2007 e 517/2009, ambos do Plenário. ***Acórdão nº 933/2011-Plenário, TC-004.513/2011-8, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 13.04.2011.***

PRIMEIRA CÂMARA

A suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se à toda Administração Pública

"*A vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta*". Esse foi um dos entendimentos do Tribunal ao apreciar pedido de reexame interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – (Infraero), contra o Acórdão nº 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, o qual determinou que não fossem incluídas nos editais de licitação da empresa cláusulas impedindo a participação de interessados suspensos por ente distinto da Administração Pública e de empresas de cujo ato constitutivo façam parte diretores, sócios ou dirigentes que tenham participado de outra pessoa jurídica suspensa. Para o relator do feito, Ministro José Múcio, como o Tribunal entende que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 restringe-se à entidade que a aplicou, não haveria razão para reforma da deliberação originária. Todavia, o Ministro-Revisor, Walton Alencar Rodrigues, dissentiu do encaminhamento proposto. Para ele, que fora, inclusive, relator da deliberação anterior, e que, na ocasião, defendeu tese idêntica à apresentada pelo relator do recurso em exame, caberia ao Tribunal rever seu posicionamento. Assim, "*a proibição de contratação de particular que já revelou ser indigno de ser contratado pela Administração, descumprindo obrigações anteriormente pactuadas, como é o caso do particular punido com a sanção prevista no inciso III do art. 87, tem o nítido propósito de evitar fraudes e prejuízos ao erário*". Por isso, citando julgado do Superior Tribunal de Justiça, destacou que o entendimento de que a suspensão imposta por um órgão administrativo, ou um ente federado, não se estende aos demais, não estaria em harmonia com o objetivo da Lei nº 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas. Portanto, a interpretação adequada quanto à punição prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 seria pelo alcance para toda a Administração, não se restringindo aos órgãos ou entes que as aplicarem. A se pensar de outra maneira, seria possível que uma empresa, que já mantivera comportamento inadequado outrora, pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando a punição desprovida de sentido. Após o voto Ministro-Revisor Walton Alencar Rodrigues, o relator reajustou seu voto, para acompanhá-lo e considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/1993, mesmo quando aplicada por outros órgãos ou entidades públicos, o que foi aprovado pelo colegiado. ***Acórdão n.º 2218/2011-1ª Câmara, TC-025.430/2009-5, rel. Min. José Múcio, revisor Min. Walton Alencar Rodrigues, 12.04.2011.***

Sessões: 19 e 20 de abril de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A firmatura de termo de parceria por órgãos ou entidades da Administração Pública com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não demanda licitação
Em representação formulada ao Tribunal, foram apontadas diversas irregularidades em convênios firmados entre o Ministério do Trabalho e Emprego - (MTE) e uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip). Em face delas, sugeriu a unidade instrutiva que o Tribunal determinasse ao MTE e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que utilizassem o termo de parceria, previsto no art. 9º da Lei 9790/1999, para a execução de projetos ou programas, mediante serviços sociais prestados por entidades privadas, sempre que o objeto a ser executado se enquadrasse em um dos casos listados no art. 3º do referido normativo, sugerindo, ainda, para a firmatura do pacto, prévio e obrigatório procedimento licitatório para a escolha da entidade-parceira. O relator, todavia, deixou de acolher a parte final da proposta, que exigia licitação para a firmatura de termo de parceria. Segundo o relator, "*é certo que o ajuste a ser firmado entre um órgão público e uma Oscip é o termo de parceria, nos termos da Lei nº 9.790, de 1999.* Entretanto, "*não há nessa lei, nem no decreto que a regulamenta (Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999), qualquer disposição que obrigue os órgãos e entidades da Administração Pública a instaurar procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, para selecionar as Oscips interessadas em firmar o referido termo de parceria*". Além disso, destacou o relator disposição constante do art. 23 do Decreto 3.100/1999, que fixa a realização, a depender de decisão discricionária do gestor, de concurso de projetos pelo órgão estatal interessado em construir parceria com Oscips para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria. Ainda para o relator, "*embora seja bastante recomendável a instauração desse procedimento - que privilegia os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade -, não há como exigir que os gestores públicos promovam licitação para selecionar Oscips, visto que o ordenamento jurídico não traz esse tipo de mandamento*". Por conseguinte, em face, também, do decidido nos Acórdãos 1777/2005 e 2066/2006, do Plenário, votou por que se dirigisse alerta ao MTE e ao MPOG, para que observem o correto instrumento (termo de parceria) ao firmarem ajustes com Oscips, nos termos da Lei nº 9.790, de 1999, preferencialmente precedido por concurso de projetos, o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1006/2011-Plenário, TC-019.538/2006-9, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 20.04.2011.***

Não se admite, de modo geral, licitação com especificação de marca de produto, a não ser que tal exigência encontre-se técnica e juridicamente justificada
Mediante representação, licitante insurgiu-se contra o Pregão, com registro de preços, n° 12/2010, promovido pela Unidade Regional de Atendimento da Advocacia-Geral da União no Rio Grande do Sul (URA/RS), cujo objeto consistiu na aquisição de suprimentos de informática. A inicial, apresentada pelo representante e distribuidor da empresa Samsung no Brasil, contestou a aquisição de cartuchos de **toner** para impressoras Samsung, fundamentalmente sob o argumento de que o edital deveria exigir cartuchos originais do fabricante do equipamento, sob o risco de perda da garantia de manutenção. Inicialmente, o relator observou que a jurisprudência do Tribunal seria firme em condenar, de modo geral, a especificação de marca para a aquisição de **toner** de impressoras. Ressaltou, todavia, que o Tribunal tem admitido especificação de marca, "*desde que ela se encontre técnica e juridicamente justificada*". No caso em exame, segundo o relator, "*poder-se-ia admitir como justificativa plausível a perda da garantia das impressoras em decorrência da utilização de cartuchos de outras marcas*". Ainda quanto ao caso examinado, enfatizou que a restrição ao certame, mediante a exigência de cartuchos originais do fabricante, ainda que possível, "*constituía uma prerrogativa do gestor e não uma obrigação à qual se visse vinculado. Competia ao gestor avaliar as possibilidades e decidir-se por aquela que, em seu juízo, melhor se adequasse aos interesses públicos*". E essa avaliação, segundo o relator, fora efetuada, tendo o gestor adotado precauções que, em princípio, estariam a resguardar a Administração, uma vez que foi exigido, no termo de referência anexo ao edital do pregão eletrônico, que as empresas licitantes comprovassem a qualidade dos cartuchos ofertados mediante a apresentação de laudos técnicos, "*emitidos por laboratório/entidade/instituto especializado, de reconhecida idoneidade e competência, pertencente a órgão da Administração Pública ou por ele credenciado, com acreditação do INMETRO, vinculado à Rede Brasileira de Laboratórios de Ensaio (RBLE), com escopo de acreditação na norma ABNT/NBR/ISO/IEC17025*". Na sequência, ressaltou o relator a providência adotada pelos gestores da URA/RS, quanto a avaliações e ensaios diversos que deveriam constar dos referidos laudos, dentre eles "*ensaio comparativo, utilizando como parâmetro os valores publicados pelo fabricante da impressora, comprovando a situação da similaridade do produto com relação ao original em termos de bom funcionamento, qualidade, desempenho, consumo de toner e rendimento, (...)*", "*ensaio para verificação de densidade óptica dos cartuchos*" e "*avaliação atestando a qualidade das condições de apresentação e acabamento dos cartuchos, não podendo apresentar vazamentos, trincas ou defeitos que comprometam a segurança em sua utilização*". Assim, no ponto de vista do relator, "*não se pode questionar, portanto, a opção efetuada pela URA/RS, uma vez que atendeu aos requisitos legais e foi devidamente motivada*". Votou, então, por que se negasse provimento à representação, no que foi acompanhado pelos demais membros do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos n^os 3129/2009 e 2154/2008, da 1ª Câmara, 3233/2007 e 354/2007, da 2ª Câmara, 520/2005, 1010/2005 e 696/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 1008/2011-Plenário, TC-007.965/2008-1, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 20.04.2011.***

É necessário que o valor dos salários pagos aos profissionais contratados por empresas para prestação de serviços à Administração corresponda ao constante da proposta formulada na licitação
Representação encaminhada ao Tribunal tratou de possíveis irregularidades ocorridas na execução do Contrato nº 34/2009-MI, celebrado entre o Ministério da Integração Nacional - (MI) e o Consórcio Logos-Concremat 2, cujo objeto referiu-se à prestação de serviços de Consultoria Especializada para o Gerenciamento e Apoio Técnico da continuidade da implantação da 1ª Etapa e da implantação da 2ª Etapa do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional – (PISF). Dentre tais irregularidades, constou a ausência de critérios de comprovação do recolhimento mensal do INSS e do FGTS, nominal por empregado, o que poderia resultar em falhas na fiscalização da mão de obra medida e paga. O relator, ao analisar a matéria, ressaltou que essa situação foi de igual maneira verificada em outros processos que cuidaram de contratações do MI, sendo um deles também referente a contrato firmado com o Consórcio Logos-Concremat para o mesmo serviço, qual seja, gerenciamento e apoio técnico para a implantação de etapa do PISF. Na oportunidade, a unidade instrutiva promovera o cruzamento de informações constantes dos Boletins de Medição expedidos pelo Consórcio Logos-Concremat com os dados provenientes da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – (GFIP), constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais – (CNIS), resultando, dessa operação, a constatação de divergências que sinalizariam para o ressarcimento de valores pagos indevidamente pelo MI, pois os salários pelo Consórcio aos profissionais constantes da GFIP teriam sido menores que os estipulados na proposta da licitação oferecida pelo mencionado Consórcio e no subsequente

contrato. O relator, a partir de julgado anterior do Tribunal, enfatizou não haver argumento a suportar que "*uma empresa participante de licitação que ofereça proposta especificando os salários que serão pagos aos seus profissionais em virtude do contrato de supervisão de obra, neste caso as obras da Primeira Etapa de implantação do Projeto de Integração do Rio São Francisco – PISF, uma vez vencedora do certame, cujo julgamento baseou-se, entre outros, nos valores desses salários, possa, ao seu alvitre, quando da execução do contrato, remunerar esses profissionais em patamares inferiores, apesar de receber do órgão contratante - Ministério da Integração Nacional/MI -, exatamente aqueles valores que foram os balizadores da sua proposta, conforme ficou comprovado a partir da comparação entre as remunerações de profissionais oriundas dos boletins de medição e as constantes da planilha GFIP da empresa fornecida pelo Ministério da Previdência Social.*". Diante dos fatos, encaminhou proposta de determinação corretiva quanto ao contrato examinado, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 1233/2008 e 446/2011, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1009/2011-Plenário, TC-022.745/2009-0, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 20.04.2011.***

Contratação por inexigibilidade de licitação: 1 – Para a contratação, por inexigibilidade de licitação, de serviço técnico profissional especializado deve estar demonstrado que este possui características singulares, além da condição de notória especialização do prestador
Mediante denúncia, foram relatados ao Tribunal indícios de irregularidades que estariam ocorrendo no âmbito do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Piauí – (CREA/PI), nos exercícios de 2006 a 2008, dentre elas, a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de escritórios de advocacia, para defesa do CREA/PI, em causas trabalhistas. Para a unidade técnica, não restaram comprovados os requisitos da natureza singular do serviço técnico e da notória especialização dos contratados, o que contou com a concordância do relator, o qual, ainda, refutou a justificativa dos responsáveis de que contratados deteriam notória e larga experiência em suas áreas de atuações, que poderia ser comprovada a partir de seus os currículos profissionais. Segundo o relator, desde a Súmula nº 39, de 1973, "*a jurisprudência deste Tribunal tem se consolidado quanto à necessidade de se demonstrar, nas contratações diretas de serviço técnico profissional especializado, que tal serviço tenha características singulares (incomum, anômalo, não usual), aliada à condição de notória especialização do prestador (que reúna competências que o diferenciem de outros profissionais, a ponto de tornar inviável a competição)*". Assim, quanto a este ponto, o relator apresentou proposta pela procedência da denúncia, sem prejuízo da adoção de outras medidas necessárias ao bom andamento de futuras licitações a serem procedidas pelo CREA/PI. Precedentes citados: Acórdãos nºs: 817/2010, da 1ª Câmara, 250/2002, da 2ª Câmara, 596/2007, 1.299/2008 e 1.602/2010, do Plenário. ***Acórdão nº 1038/2011-Plenário, TC-003.832/2008-7, rel. Min.-Subst. André Luís Carvalho, 20.04.2011.***

Contratação por inexigibilidade de licitação: 2 – Mesmo em hipótese de contratações diretas, o preço a ser praticado pela Administração deve estar em conformidade com os praticados pelo mercado
Ainda na denúncia na qual foram relatados ao Tribunal indícios de irregularidades que estariam ocorrendo no âmbito do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Piauí – (CREA/PI), nos exercícios de 2006 a 2008, a unidade técnica apurou, além da não justificativa do preço praticado, potencial sobrepreço em contratações diretas, por inexigibilidade de licitação, de escritórios de advocacia, para defesa do CREA/PI, em causas trabalhistas. Na espécie, os honorários pagos (R$ 175.000,00) equivaleram a 42% dos valores discutidos nas causas (R$ 420.000,00). A respeito disso, os responsáveis informaram que foram levados em consideração, na definição do preço ajustado, os altos valores envolvidos nas causas, o grau de dificuldade, com previsão de quantidade e tempo de duração dos serviços, além do percentual usualmente aceito para fixação dos honorários advocatícios. Para a unidade técnica, tomando por base a tabela de honorários da OAB/PI, nas ações objeto dos contratos inquinados, seriam devidos honorários da ordem de 20% sobre o valor do pedido, do acordo ou da contestação, o que resultaria, no caso presente, em R$ 84.000,00 de honorários, ou seja, menos da metade dos valores efetivamente pagos pelo CREA/PI. Ainda para a unidade técnica, o problema seria agravado em face de não haver, nos autos, elementos que justificassem a opção do Conselho pela contratação de serviços de terceiros, a despeito de possuir funcionários contratados para o cargo de advogado em seu quadro de pessoal. Por isso, a unidade técnica sugeriu a conversão processo em tomada de contas especial, com a citação solidária do presidente do CREA/PI e dos contratados, a fim de recolher ou apresentar alegações de defesa quanto ao débito apurado, relativo à diferença entre os valores efetivamente pagos e os mercadologicamente devidos, considerando os contratos isoladamente e usando a tabela de remuneração da OAB/PI, proposta que foi acolhida pelo relator e

Sessões: 26 e 27 de abril de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Licitação com previsão de entrega de maquinário em diversos municípios do país: é válida a instituição de sistema de registro de preços para a aquisição de bens, em quantidades globais estimadas, para entrega em diferentes locais da federação
"*É válida a instituição de sistema de registro de preços para a aquisição de bens, em quantidades globais estimadas, para entrega em diferentes locais da federação*". Esse foi entendimento do Tribunal ao apreciar representação formulada por licitante, em face de supostas irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico, para Registro de Preços, nº 32/2010, promovido pelo Ministério da Pesca e Aquicultura – (MPA), e cujo objeto consistiu na contratação de empresa especializada no fornecimento de máquinas agrícolas para formação de patrulhas mecanizadas, com vistas à implementação do Subprograma de Fomento à Aquicultura Familiar em Módulos Rurais. Em linhas gerais, argumentou a representante que o subitem 4.2.1 do Edital do Pregão 32/2010 (item 4 – estimativa de custos; subitem 4.2 – locais de entrega) não especificara quais os municípios e os endereços para entrega do objeto licitado, assim como não determinara o quantitativo de equipamentos que deveriam ser entregues em cada municipalidade, situação que, inclusive, levou o relator a conceder, anteriormente, medida cautelar, referendada pelo Plenário (ver informativo 47). Na presente etapa processual, o relator entendeu necessário, entretanto, retificar seu entendimento anterior. Para ele, a partir das informações apresentadas pelo MPA, a opção de se realizar um pregão pelo sistema de registro de preços se deveu, fundamentalmente, à inconstância no fluxo das aquisições das máquinas agrícolas, a serem destinadas a diversos municípios e estados da federação. Assim, o MPA optara por adquirir, ele mesmo, o maquinário, para posterior distribuição às diferentes localidades, o que, para relator, seria medida acertada, "*uma vez que propicia a existência de maior padronização nos atendimentos, racionalização nas compras e, ainda, ganhos de economia de escala a serem efetuadas*", além do que possibilitaria o atendimento a municípios de menor capacidade técnico-operacional, dotados de estrutura insuficiente para a realização de licitações da espécie. Especificamente quanto à alegada ausência da indicação dos quantitativos de máquinas previstas para cada localidade, afirmou o relator não vislumbrar prejuízo ao erário em tal situação, pois, a partir de uma alteração do edital realizada pelo MPA, passou-se a prever que a entrega das máquinas deveria ser efetuada nas capitais dos 26 estados do país e no Distrito Federal. Ressaltou, ainda, que aquisições semelhantes à realizada pelo MPA por intermédio do Pregão Eletrônico nº 32/2010 foram efetuadas por outros ministérios, que, da mesma maneira, utilizam-se do registro de preços, em algumas situações discriminando estados para entrega dos quantitativos adquiridos, mas sem haver discriminação por município. Em outras situações, estabeleceu-se a entrega apenas por regiões do país, sequer mencionando os estados da federação. E em diversos outros casos, não teriam sido apresentadas estimativas por regiões, isso tudo em função das características das aquisições, que não poderiam ser dimensionadas com precisão. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1068/2011-Plenário, TC-033.048/2010-0, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 27.04.2011.***

Não é possível a exigência de certificação ISO, e outras semelhantes, com o fim de habilitação de licitantes ou como critério para a qualificação de propostas

Mediante pedido de reexame, a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - (Eletronorte) manifestou seu inconformismo contra o Acórdão nº 1.612/2008, do Plenário, o qual lhe determinara que, nos editais de suas licitações, deixe de exigir a certificação expedida pela Organização Internacional de Normalização (**International Organization for Standardization** - ISO) e outras semelhantes, para a habilitação dos participantes ou como critério para a qualificação de propostas. Para a recorrente, "*a jurisprudência que serviu de base para a determinação contestada é relativa apenas a serviços de informática*". Segundo o relator, no entanto, "*nenhum dos motivos que levaram à formação do entendimento deste Tribunal é exclusivo de certames dessa natureza*". Para ele, as certificações nacionais correspondentes à família 9000 da ISO se referem, em linhas gerais, a critérios para implantação de sistemas de garantia da qualidade. Para obtê-los, a empresa deveria demonstrar a adequação de seus procedimentos de fabricação aos padrões estabelecidos na norma, o que garantiria, ao menos em tese, "*que os produtos oriundos dessa empresa tenham sempre as mesmas características*". Todavia, ainda conforme o relator, "*isso não garante que eles tenham qualidade superior aos de uma empresa que não seja certificada*". Além do que, no ponto de vista do relator, "*obter a certificação ISO é faculdade das empresas – não há lei que a indique como condição para exercício de qualquer atividade*". Restritiva, portanto, a exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações, pois "*afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto*". Por outro lado, não haveria óbice para a utilização do aludido certificado para atribuir pontuação a uma empresa licitante, dado que isso permitiria reconhecer seu diferencial em relação a outras que não comprovaram a adequação de seu sistema de produção aos critérios de qualidade estabelecidos em tais normas. Por conseguinte, votou por que se negasse provimento ao pedido de reexame, mantendo-se os exatos termos do Acórdão nº 1.612/2008-Plenário, no que contou com a acolhida do Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2461/2007, do Plenário. ***Acórdão n.º 1085/2011-Plenário, TC-007.924/2007-0, rel. Min. José Múcio, 27.04.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 3 e 4 de maio de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Para o fim de enquadramento na hipótese de dispensa de licitação prevista no inc. IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 não há que se fazer distinção entre a emergência resultante de fato imprevisível e a decorrente da incúria ou desídia administrativa, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento à situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares
"*A situação prevista no art. 24, IV, da Lei n° 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares*". Com esse entendimento, o Tribunal julgou improcedente representação contra a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – (Chesf), acerca de irregularidades na contratação de empresa, para a prestação de serviços na área de propaganda e publicidade, por meio de processo de dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/1993 (situação emergencial). Para a unidade técnica, na espécie, o uso da dispensa de licitação teria se revelado indevido, pois "*a caracterização da suposta situação emergencial não restou fundamentada em fatos novos e imprevisíveis, mas em situação decorrente de omissão do agente público, que não providenciou a licitação em tempo hábil".* Na instrução do processo, informou-se que serviços não relacionados a essas campanhas também teriam sido contratados por meio de dispensa de licitação, amparada na emergência. Propôs-se, então, que os responsáveis pela contratação emergencial, supostamente irregular, fossem apenados com multa. O relator, todavia, dissentiu do encaminhamento. Segundo ele, "*há que se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, tratando-as como questões distintas*". Nesse quadro, a contratação emergencial ocorreria "*em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação*". Assim, "*na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização*". A partir da verificação desses efeitos, caberia à Administração sopesar a imperatividade da contratação emergencial e avaliar a pertinência da aplicação da excepcionalidade permitida pelo art. 24, IV, da Lei de Licitações. No caso concreto, o relator entendeu que "*a contratação emergencial se caracterizou, sobretudo,*

pela necessidade de não interrupção dos serviços de publicidade de utilidade pública”, os quais, para, ele, dizem respeito a uma área que “*está relacionada com a divulgação de serviços que tenham como objetivo informar, orientar, avisar, prevenir ou alertar segmento ou toda a população para adotar comportamentos que lhe tragam benefícios sociais, visando à melhoria em sua qualidade de vida*”. Aditou que a principal atividade prevista na área de serviços de publicidade de utilidade pública era a campanha de prevenção de queimadas, destacando que “*incêndios em canaviais existentes sob linhas de transmissão da Chesf têm provocado, no período da colheita, interrupção no fornecimento de energia elétrica, principalmente em Pernambuco e Alagoas. A campanha que a Chesf vem fazendo nas últimas décadas, através de emissoras de rádio e televisão, contribui decisivamente para a redução dos desligamentos*”. Consignou o relator, ainda, que à época da queima dos canaviais no nordeste do país, os desligamentos de linhas de transmissão, em decorrência de tais queimadas, apresentaria acentuado crescimento, caracterizando situação que poderia ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, fato que autorizaria a utilização da contratação direta prevista no art. 24, IV, da Lei n° 8.666/93. Em face do exposto, o Plenário manifestou sua anuência, acompanhando o relator no entendimento de que a representação não mereceria ser provida. ***Acórdão n.º 1138/2011-Plenário, TC-006.399/2008-2, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 04.05.2011.***

Pregão para aquisição de bens: 1 - A exigência de declaração de solidariedade do fabricante para o fim de habilitação é indevida

Por intermédio de representação, licitante insurgiu-se contra o Pregão Eletrônico n° 1/2011, realizado pela Escola de Comando e Estado Maior do Exército - (ECEME), para Aquisição de Material Permanente – Mobiliário, com a formação de registro de preços pelo prazo de 12 (doze) meses. Dentre as irregularidades que levaram ao inconformismo da representante, constou a exigência de declaração de solidariedade do fabricante, como condição de habilitação. Para a representante, tal exigência, além de extrapolar os limites da Lei 8.666/1993, “*restringe a participação e é inconstitucional, uma vez que não é indispensável à garantia do cumprimento das obrigações, no caso do fornecimento*”, estando, ainda, em desconformidade com a jurisprudência do Tribunal. Ao concordar com o argumento da representante, o relator, a partir de decisão anterior do Tribunal, destacou que é “*farto entendimento no âmbito desta Corte de Contas, o qual tem abalizado pronunciamentos contrários à fixação de exigência, como condição de habilitação, de declaração de solidariedade do fabricante do produto ofertado*”. Por consequência, propôs o relator a suspensão cautelar do certame, até que o TCU deliberasse, no mérito, a respeito desta e de outras irregularidades apontadas e que deveriam ser esclarecidas pelos responsáveis da ECEME, apresentando proposta nesse sentido, a qual foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 1729/2008, 1622/2010, do Plenário. ***Decisão monocrática no TC-006.795/2011-0, rel. Min.-Subst. Weder de Oliveira, 04.05.2011.***

Pregão para aquisição de bens: 2 – A exigência de apresentação de declaração de idoneidade financeira por parte do licitante não encontra amparo jurídico

Ainda na representação contra o Pregão Eletrônico n° 1/2011, realizado pela Escola de Comando e Estado Maior do Exército - (ECEME), outra possível irregularidade seria a exigência de apresentação de declaração de idoneidade financeira pelo licitante, a ser emitida pela agência bancária na qual este tivesse conta corrente, o que, para a representante, careceria de amparo jurídico. Para o relator, “*para habilitação em Pregão Eletrônico deve ser exigido dos licitantes exclusivamente a documentação mencionado no art. 14 do Decreto 5.450/2005 c/c os arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993*”, o que significaria que “*nada mais poderá ser exigido, a não ser que a exigência refira-se a leis especiais, o que não é o caso*”. Por consequência, propôs o relator a suspensão cautelar do certame, até que o TCU deliberasse, no mérito, a respeito desta e de outras irregularidades apontadas e que deveriam ser esclarecidas pelos responsáveis da ECEME, apresentando proposta nesse sentido, a qual foi referendada pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2056/2008, do Plenário. ***Decisão monocrática no TC-006.795/2011-0, rel. Min.-Subst. Weder de Oliveira, 04.05.2011.***

Pregão para aquisição de bens: 3 – No caso de exigência de realização de visita técnica pelos licitantes, o prazo estabelecido para tanto deve ser suficiente para que se tome conhecimento das peculiaridades que possam influenciar no fornecimento do objeto licitado e na formulação das propostas

Na mesma representação contra o Pregão Eletrônico n° 1/2011, realizado pela Escola de Comando e Estado Maior do Exército - (ECEME), outra irregularidade apontada pela representante seria a obrigatoriedade da realização de visita técnica por parte dos licitantes interessados. Para ela, “*não se pode exigir nessa modalidade - pregão eletrônico para aquisição de bem comum - mobiliário - mediante registro de preços,*

qualquer visita técnica", pois "*todos os elementos indispensáveis ao fornecimento do mobiliário deveriam constar do edital da licitação, compondo a descrição do objeto*". Ao examinar a matéria, o relator destacou, inicialmente, a insuficiência do prazo para a realização do procedimento – visita técnica do licitante: apenas um dia antes da efetiva realização da sessão pública do pregão. Para ele, se a visita técnica era imprescindível, "*deveria a Administração ter estabelecido prazo razoável para que os interessados vistoriassem o local, tomando conhecimento de peculiaridades que pudessem influenciar no fornecimento do objeto licitado, e formulassem suas propostas*". Além disso, entendeu o relator que, considerando o objeto da licitação, "*exigir visita ao local da realização dos serviços do responsável técnico da empresa, parece-nos desnecessária, impertinente e dispensável à correta execução do objeto*". Por consequência, propôs o relator a suspensão cautelar do certame, até que o TCU deliberasse, no mérito, a respeito desta e de outras irregularidades apontadas e que deveriam ser esclarecidas pelos responsáveis da ECEME, apresentando proposta nesse sentido, a qual foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºˢ 2107/2009, da 2ª Câmara e 1924/2010, do Plenário. ***Decisão monocrática no TC-006.795/2011-0, rel. Min.-Subst. Weder de Oliveira, 04.05.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 10 e 11 de maio de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

PLENÁRIO

Contratos de publicidade: com o advento da Lei 12.232, de 2010, é possível a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, desde que haja justificativa no processo de licitação
Pedido de reexame foi interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – (ECT), contra disposições do Acórdão nº 222/2006, do Plenário, dentre elas, a constante do item 9.2.1.6, o qual determinou à ECT que, em contratos de publicidade, promovesse a contratação de mais de uma agência de propaganda exclusivamente se houvesse a segregação das diferentes contas publicitárias, com diferentes linhas de atuação. Na presente etapa processual, após analisar os argumentos apresentados pela empresa pública, o relator entendeu que a determinação anterior deveria ser excluída do Acórdão originária, uma vez que, com o advento do § 3º do art. 2º da Lei nº 12.232, de 2010, "*a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, passou a ser permitida, desde que haja justificativa no processo de licitação*". Por conseguinte, ao considerar justificada pela ECT a disponibilidade de mais de uma agência para cuidar de suas ações de publicidade, o relator votou, no ponto, pelo provimento do pedido de reexame interposto, para excluir da redação do Acórdão nº 222/2006 a determinação constante do item 9.2.1.6, no que contou com a acolhida do Plenário. Precedente citado: Acórdão 3233/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 1189/2011-Plenário, TC-002.880/2007-1, rel. Min. Valmir Campelo, 11.05.2011.***

Fornecimento de vale-refeição: a exigência de comprovação de rede credenciada próxima ao ente público demandante deve ser feita somente no momento da contratação
Em razão de alegada obscuridade, embargos de declaração foram opostos pelo Serviço Social do Comércio - (Sesc) contra o Acórdão 528/2011, do Plenário, o qual negou provimento a pedido de reexame interposto anteriormente, mantendo-se, naquele momento, o Acórdão 2.581/2010 – TCU – Plenário (ver informativo número 36), o qual, por sua vez, determinava ao Sesc, em seu item 9.3, que, em contratações de serviço de fornecimento de vales refeição para suas unidades, fizesse constar exigência de comprovação de rede credenciada próxima às unidades apenas na fase de contratação, com estabelecimento de prazo para que a

vencedora do certame credenciasse os estabelecimentos comerciais em referência. Nesta etapa processual, o embargante alegou que o Tribunal não esclarecera, adequadamente, o que seria “fase de contratação”. Todavia, o relator entendeu não existir obscuridade na decisão anterior. Segundo ele, a partir da leitura do item 9.3 do acórdão embargado, bem como do voto e do relatório que o fundamentaram, não restaria dúvida de que o Tribunal considera irregular a exigência, para o fim de habilitação, de apresentação de declaração de estabelecimentos credenciados, pois tal exigência obrigaria os licitantes a custos adicionais, sem a certeza de que seriam vencedores do certame, bem como poderia inviabilizar a participação de empresas potencialmente capazes de prestar o serviço. Nesse quadro, enfatizou o relator que, conforme já decidido pelo TCU anteriormente, “*o Tribunal admite que seja dado prazo para que a vencedora do certame, antes da adjudicação e da assinatura do contrato, atenda a outros requisitos do edital essenciais para o cumprimento dos objetivos pretendidos*”. Assim, ainda para o relator, no caso das próximas contratações de serviço de fornecimento de vales refeição para suas unidades, o Sesc não poderá exigir a comprovação de rede credenciada na fase de habilitação, “*mas sim após a finalização do certame, antes da adjudicação do objeto da licitação à vencedora e da assinatura do contrato, com estabelecimento de prazo para que a vencedora credencie os estabelecimentos comerciais localizados nas imediações das unidades a serem atendidas*”. Por conseguinte, por concluir não haver obscuridade a ser sanada, votou pela rejeição dos embargos oferecidos, sendo acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão 6.198/2009, 1ª Câmara. ***Acórdão n.º 1194/2011-Plenário, TC-016.159/2010-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 11.05.2011.***

Pregão para contratação de serviços de transporte: 1 – A inabilitação de licitante antes da abertura das propostas é indevida

Representação de licitante trouxe ao conhecimento do Tribunal possíveis irregularidades ocorridas no Pregão nº 05/2008, promovido pela Superintendência da Zona Franca de Manaus – (Suframa), para a contratação de empresa especializada na prestação dos serviços de transporte de pessoas, documentos, cargas leves, cargas médias e cargas pesadas em veículos com características pré-determinadas. Dentre tais irregularidades, constou a inabilitação da representante, antes da abertura dos envelopes de proposta de preços, o que, para ela, estaria em desconformidade com o art. 4° da Lei n° 10.520/2002, pois tal procedimento teria ocasionado inversão indevida das fases do certame, uma vez que, no pregão, a habilitação ocorreria somente após a etapa competitiva e realizadas as ofertas. Para o relator, assistiria razão à representante quanto a esse aspecto. Segundo ele, as justificativas apresentadas pela Suframa, atinentes a problemas acontecidos na execução de contratos celebrados anteriormente com empresas sem a especialização requerida e a necessidade da contratação de fornecedor capaz de cumprir o futuro contrato, não prosperariam, já que, de acordo com a Lei nº 10.520/2002, “*a precaução contra esse tipo de ocorrência pode e deve ser tomada na fase de habilitação técnica do pregão, quando cabe exigir a comprovação da qualificação e capacidade técnica do concorrente*”. Por outro lado, a menos que houvesse evidências de que licitantes de outros ramos atuariam na competição apenas para complicar a sessão, circunstância de qual não se teve notícia nos autos, não se vislumbraria, para o relator, qual vantagem administrativa resultaria da aplicação da exigência em questão antes da abertura das propostas. Concretamente, a medida indevida de alteração do sequenciamento do pregão teria trazido como consequência relevante o impedimento descabido da participação da representante no certame. Em consequência, votou o relator pela procedência da representação, bem como pelo encaminhamento de determinação à Suframa para que se abstivesse de prorrogar o contrato decorrente do Pregão nº 05/2008, e, caso houvesse interesse por parte da instituição em contratar os mesmos serviços, realizasse nova licitação, o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1203/2011-Plenário, TC-010.459/2008-9, rel. Min. José Múcio Monteiro, 11.05.2011.***

Pregão para contratação de serviços de transporte: 2 – A aferição da compatibilidade dos serviços a serem contratados pela Administração Pública com base unicamente nos dados da empresa licitante que constam no cadastro de atividades da Receita Federal não encontra previsão legal

Ainda na representação que trouxe ao conhecimento do Tribunal possíveis irregularidades ocorridas no Pregão nº 05/2008, promovido pela Superintendência da Zona Franca de Manaus – (Suframa), a unidade técnica reputou como indevido o impedimento de participação da licitante no certame, mesmo com esta trazendo em seu contrato social objetivo compatível com o objeto desejado (transporte urbano de passageiros e transporte urbano de cargas). Para a unidade instrutiva, o cerne da questão estaria na necessidade de a empresa comprovar previamente sua especialização no ramo de atividade que estava sendo licitado, a fim de poder apresentar lances no pregão. Ao examinar a questão, a unidade técnica compreendeu que a representante fora impedida de participar apenas porque seu cadastro na Receita Federal do Brasil apontava

atividade não exatamente igual à atividade licitada, embora houvesse grande proximidade entre ambas, sendo certo, para a unidade instrutiva, tratar-se de transportes de pessoas e cargas. Para ela, "*o cadastro de atividades na Receita Federal do Brasil não é motivo suficiente para impedir a participação da empresa, ainda mais que tal cadastro não era totalmente discrepante do objeto do certame (...). É certo que esse cadastro é uma imposição legal e deve estar atualizado, porém em nenhum momento há previsão legal de impedir uma empresa de participar em virtude de uma discrepância desse cadastro"*. Para o relator, "*em princípio, até parecia razoável a exigência fixada no edital, no sentido de que somente poderiam participar do pregão empresas legalmente estabelecidas e especializadas no respectivo ramo*". Todavia, não haveria, na espécie, qualquer indicação no edital de que o cadastro de atividades junto à Receita Federal seria utilizado como o meio de identificação do ramo de atuação dos licitantes, o que significou, conforme o relator, "*ampliação não prevista do poder do pregoeiro de decidir quem participaria do certame*". Nesse quadro, ainda para o relator, "*não havia razão jurídica ou administrativa para conferir-se arbitrariamente tamanha proeminência à formalidade da anotação cadastral*". Além disso, existiriam outros fatores que indicavam a aptidão da licitante em participar da licitação e em oferecer propostas que aumentariam a competitividade do certame, tal como um contrato firmado anteriormente com a própria Suframa, na qual a representante já houvera provido a instituição com serviços de transporte. Em consequência, votou o relator pela procedência da representação, bem como pelo encaminhamento de determinação à Suframa para que se abstivesse de prorrogar o contrato decorrente do Pregão nº 05/2008, e, caso houvesse por parte da instituição em contratar os mesmos serviços, realizasse nova licitação, o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1203/2011-Plenário, TC-010.459/2008-9, rel. Min. José Múcio Monteiro, 11.05.2011.***

A concessão de tempo reduzido nos pregões eletrônicos, bem como a execução do comando para encerramento da fase de lances enquanto as reduções de preços ainda sejam significativas, prejudicam a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública

Por intermédio de representação, o Tribunal tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 28/2010, realizado pela Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Esporte - (Spoa/ME), cujo objeto consistiu na contratação de serviços de desenvolvimento e manutenção corretiva, adaptativa e evolutiva de sistemas de informação, sítios e portais **web**. Dentre tais irregularidades, constou a alocação, pelo pregoeiro, de um tempo inferior a cinco minutos para a fase de lances, o que teria reduzido a possibilidade da obtenção de lances menores para a contratação. Ao examinar o assunto, o relator destacou que o exíguo tempo de competição entre os licitantes pode eventualmente ter impedido que as propostas apresentadas chegassem a um ponto mais atrativo. Para ele, "*indício bastante claro da exiguidade do tempo conferido para a fase de competição é o fato de se ter observado uma redução de cerca de R$ 150.000,00 no valor dos lances apenas nos últimos 30 segundos dessa fase*". Tal ocorrência, somada a outras, teriam apontado, ainda para o relator, de forma bastante convincente para a possível ocorrência de sobrepreço no objeto adjudicado à empresa vencedora do certame, razão pela qual votou por que se determinasse à Spoa/ME a adoção de medidas com vistas à anulação do Pregão Eletrônico 28/2010, sem prejuízo de alertá-la que a concessão de tempo reduzido para a fase de lances nos pregões eletrônicos, bem como a execução do comando para encerramento da fase de lances enquanto as reduções de preços ainda sejam significativas, a exemplo do ocorrido no Pregão 28/2010, prejudicam a obtenção da proposta mais vantajosa, caracterizando descumprimento do art. 3º da Lei 8.666/93. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1188/2011-Plenário, TC-031.590/2010-1, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 11.05.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 17 e 18 de maio de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

PLENÁRIO

No caso de impossibilidade de obtenção de preços referenciais, via sistemas oficiais, para a estimativa dos custos em processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado, devendo ser devidamente justificadas as situações em que não for possível atingir o número mínimo de cotações

Mediante auditoria, o TCU fiscalizou as obras da fábrica de hemoderivados e biotecnologia da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – (Hemobrás), em Goiana/PE, examinando, para tanto, documentos relativos à Concorrência nº 2/2010, cujo objeto consistiu na contratação de empresa para a execução das obras, instalações e serviços para continuidade do parque industrial da Hemobrás naquela cidade. Ao analisar a composição da planilha que serviu de base para o orçamento da licitação, a equipe de auditoria detectou que alguns itens não apresentavam cotação nos sistemas oficiais de preços referenciais, no

caso, SICRO e SINAPI. Para tais itens, a Hemobrás levantou cotações de mercado, de modo a justificar os preços adotados, limitando-se, todavia, a uma única cotação para cada serviço, prática que, na opinião da equipe de auditoria, iria de encontro à jurisprudência deste Tribunal. Para ela, o entendimento do Tribunal é no sentido de que, "*no caso de não ser possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais para a estimativa de custos que antecederem os processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa de preços contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado*". E que, "*caso não seja possível obter esse número de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada*". A equipe de auditoria sugeriu, então, que o TCU expedisse determinação corretiva para as próximas licitações a serem realizadas pela Hemobrás, no que contou com a acolhida do relator e do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos n^os^ 568/2008, 1.378/2008, 4.013/2008, 5.262/2008, 3.506/2009, da 1ª Câmara, 2.809/2008, 1.344/2009, 3.667/2009, da 2ª Câmara, e 1.379/2007, 837/2008, e 3.219/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 1266/2011-Plenário, TC-002.573/2011-3, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 18.05.2011.***

Contratos de serviços de publicidade: a empresa contratada pelo Poder Público deve exigir da empresa eventualmente subcontratada a documentação relativa à regularidade fiscal prevista no art. 29 da Lei 8.666/1993

Embargos de declaração foram opostos contra o Acórdão n° 2.082/2009-Plenário, por meio do qual o Tribunal apreciou pedido de reexame e decidiu manter intactos os termos do Acórdão nº 115/2006 -1ª Câmara, no qual se determinou à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Desenvolvimento Agrário – (SPOA/MDA) que passasse a exigir, nos casos de subcontratação de terceiros para realização de serviços relacionados com contratos de publicidade, documentos comprobatórios da regularidade fiscal dos candidatos à subcontratação, nos termos do art. 29 da Lei nº 8.666/1993. Dentre outros argumentos apresentados, a embargante alegou que não seria necessário à agência de propaganda contratada pelo Poder Público exigir a regularidade fiscal prevista no art. 29, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/1993, de seus subcontratados, em face de se tratar de matéria tributária, a qual fugiria à competência da agência de propaganda. Ademais, ainda para a embargante, o Tribunal teria sido omisso ao determinar, genericamente, que fossem exigidos tais comprovantes de regularidade fiscal, sem especificar quais seriam os documentos necessários. O relator entendeu, todavia, que a decisão embargada não deveria ser reformada. Segundo ele, reafirmando a decisão anterior objeto dos embargos, "*a exigência da regularidade fiscal da possível subcontratada é decorrência lógica do requisito legal da comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada. Se terceiros, que não o contratado, vão executar serviços, ainda que indiretamente, para o Poder Público, tal prestação não pode ser oriunda de empresa irregular".* Não haveria, portanto, justificativa para que a subcontratação se situasse à margem dos termos e limitações constantes do instrumento convocatório, não existindo qualquer razão para que o subcontratado fosse eximido do dever de comprovar sua regularidade fiscal. A partir dos argumentos constantes do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedentes citados: Acórdãos n^os^ 226/2000, 2062/2006, 814/2007 e 79/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1272/2011-Plenário, TC-018.625/2005-3, rel. Min. Augusto Nardes, 18.05.2011.***

É possível a participação de empresas 'consolidadas' em licitações para aquisição de passagens aéreas, ainda que declarações necessárias à tal participação sejam emitidas em nome de empresa 'consolidadora'

Representação trouxe notícias ao Tribunal acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico nº 01/2011, realizado pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – (Confea), objetivando a contratação de empresa para fornecimento e prestação de serviços de reserva, marcação e emissão de bilhetes de passagens aéreas nacionais e internacionais, por meio de um posto de atendimento a ser instalado no edifício sede do Confea. Para a representante, dentre as irregularidades da licitação, estaria a necessidade de as agências de viagens participantes do certame serem filiadas ao Internacional **Air Transport Association -** (IATA), condição que já teria sido afastada por esta Corte em outras oportunidades, por favorecer as grandes agências. O edital norteador do certame também seria irregular, segundo a representante, por não permitir o atendimento da exigência por intermédio de uma empresa 'consolidadora'. Todavia, ao analisar a matéria, a unidade técnica verificou não existir qualquer disposição editalícia nesse sentido. Ainda assim, no voto, a partir de decisão anterior do Tribunal, o relator destacou que é entendimento do TCU ser possível a participação de agências de viagens 'consolidadas' em licitações que

tenham por objeto a aquisição de passagens aéreas, ainda que declarações necessárias à participação sejam emitidas em nome de empresa consolidadora, pois, "*em razão do contrato firmado com a consolidadora, a agência de viagem 'consolidada' fica autorizada a assumir diversos compromissos comerciais, valendo-se para tanto da prerrogativa sinalagmática adquirida junto à consolidadora, vez que esta segunda empresa, por ser a repassadora dos bilhetes aéreos, respalda a relação mercantil firmada entre a consolidada e o meio consumidor*". Nesse quadro, ao concordar com a unidade técnica de que a irregularidade não veio, efetivamente, a se confirmar, o relator, neste ponto, considerou suficiente o encaminhamento de determinação ao Confea, para as futuras licitações a serem procedidas pela instituição. Precedente citado: Acórdão 1677/2006, do Plenário. ***Acórdão n.º 1285/2011-Plenário, TC-005.686/2011-3, rel. Min. José Jorge, 18.05.2011.***

Em contratação de serviços de assistência médico-hospitalar para empregados públicos devem ser admitidos todos os tipos de operadoras de plano de assistência à saúde previstos no art. 1º da Lei nº 9.656/1998, salvo exceções tecnicamente fundamentadas

Representação foi intentada junto ao Tribunal, em razão de possível ilegalidade no Pregão Presencial nº 01/2011, realizado pela Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo - (Ceagesp), cujo objeto referia-se à contratação de empresa de seguro-saúde para a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar para os empregados da instituição. Em seus exames, o Tribunal analisou suposta irregularidade relativa à permissão para a participação no certame dada apenas para operadoras de seguros privados. Nesse quadro, o item 5.1.1 do edital teria exigido que as licitantes fossem regidas pelas normas do Conselho Nacional de Seguros Privados - (CNSP), da Superintendência de Seguros Privados - (Susep) e que fossem registradas ou autorizadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - (ANS). Após provimento cautelar em que decidira pela suspensão do certame, o Tribunal promoveu oitiva da Ceagesp, a qual informou que "*somente o sistema de seguro-saúde permite o reembolso das despesas médicas sempre que os usuários optarem por realizar consultas ou procedimentos médicos por profissionais, clínicas, laboratórios e hospitais que não façam parte da rede credenciada da futura prestadora dos serviços*". Assim, para a Ceagesp, caso se optasse pelo caminho de contratação de plano de saúde para seus empregados, estes estariam restritos apenas aos prestadores conveniados, daí a opção pelo sistema de seguro-saúde. Para o relator, no entanto, não haveria respaldo legal para a exigência. Segundo ele, desde as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001, portanto, há quase dez anos, a Lei nº 9.656/1998 não mais apresentaria diferenciação entre planos e seguros de saúde. Enfatizou o relator que, em conformidade com o art. 1º do normativo referenciado, "*a operação de planos privados de assistência à saúde é permitida a sociedades civis ou comerciais, a cooperativas e a entidades de gestão, desde que cumpram os requisitos legais, entre os quais não está incluída a submissão a normas no CNSP ou da Susep*". Além disso, na definição de plano privado de assistência à saúde (inc. I do art. 1º da Lei nº 9.656/1998), constaria a faculdade de remuneração ao prestador de serviços médicos mediante pagamento direto da operadora ou por reembolso ao associado. Assim, por entender serem inaceitáveis os argumentos apresentados pela Ceagesp, votou o relator por que o Tribunal considerasse procedente a representação, determinando à entidade administrativa que eliminasse toda e qualquer exigência que restringisse a participação no certame somente às empresas de seguro-saúde, o qual deveria passar a admitir todos os tipos de operadoras de plano de assistência à saúde previstos no art. 1º da Lei nº 9.656/1998, salvo exceções tecnicamente fundamentadas. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua concordância. ***Acórdão n.º 1287/2011-Plenário, TC-005.862/2011-6, rel. Min. José Múcio Monteiro, 18.05.2011.***

Concorrência do tipo técnica e preço para a revisão e elaboração de projeto básico de obra rodoviária: 1 – É possível a atribuição de pontuação a partir do critério "fator de permanência", excetuadas as situações em que o objeto específico da licitação, pelas condições de mercado, permita concluir que seria possível execução a contento, mesmo que a contratada não possua em seus quadros profissionais estáveis e reconhecidos

Representação informou ao Tribunal sobre possíveis irregularidades na Concorrência nº 34/2011, do tipo "técnica e preço", realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), e cujo objeto consistiu na revisão e atualização de projeto básico existente e de elaboração de projeto executivo para as obras de melhorias e adequação de capacidade e segurança do anel viário de Belo Horizonte, em trechos das rodovias BR 262 e 040, em Minas Gerais, em lote único. No rol das irregularidades apuradas, figurou a pontuação atribuída para um "fator de permanência", a ser utilizado como multiplicador para cada atestado relativo às categorias de engenheiros indicadas. Para cada um destes profissionais, o fator de

permanência seria igual a 1,0, quando possuísse mais de um ano de atuação na empresa e 0,80, para outras situações. Para a representante, tal exigência seria ilegal, em face do art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que impossibilita exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos quanto a atestados a serem apresentados, para o fim de qualificação técnica. Aditou que o § 5º do mesmo artigo vedaria a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitação de tempo ou de época. Afirmou, ainda, que o critério examinado "*restringe a competição a empresas que possam comprovar tais requisitos, frise-se, de natureza não objetiva, mas diretamente pessoal e específico do potencial vencedor, o que pode levar a presumir o direcionamento*". Ao examinar a matéria, a unidade técnica discordou da linha de raciocínio da representante. Segundo a unidade instrutiva, apesar das variações jurisprudenciais no Tribunal a respeito do assunto, no caso concreto, não haveria irregularidade na aplicação do fator de permanência, o qual garantiria melhor pontuação para empresas que estivessem atuando de modo mais estável no mercado. Além disso, ainda para a unidade técnica, *"a diferenciação produzida pelo fator de permanência é de 20% em parte da proposta técnica, de modo que, embora seja significativa, não pode ser vista como abusiva ou desproporcional".* Ressaltou a unidade responsável pelo processo que "*a conclusão de que o fator de permanência é inadequado à competição somente deve ser adotada quando houver fatos referentes ao objeto específico da licitação que demonstrem tal situação, especialmente em razão da condição do mercado e em função da comprovação de que o objeto pode ser alcançado a contento e da melhor forma possível mesmo que a contratada não possua em seus quadros profissionais estáveis e reconhecidos*". O relator, ao concordar com os exames da unidade técnica, votou, então, pela improcedência da representação, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 2632/2007 e 2935/2010, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1288/2011-Plenário, TC-010.632/2011-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 18.05.2011.***

Concorrência do tipo técnica e preço para a revisão e elaboração de projeto básico de obra rodoviária: 2 - limitação das propostas de preço ao orçamento de referência da licitação é aplicável também às licitações que utilizem o tipo técnica e preço

Ainda na representação que informou ao Tribunal sobre possíveis irregularidades na Concorrência nº 34/2011, do tipo "técnica e preço", realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), a representante contestou a limitação das propostas de preço ao orçamento de referência da licitação, afirmando que isso só seria admissível em licitação que utilizasse o tipo melhor técnica. Para ela, "*a disposição legal para a fixação do limite de preço está contida no § 1º do art. 46 da Lei nº 8.666/1993, o qual é direcionado apenas às licitações do tipo melhor técnica. Além disso, ao tratar dos procedimentos das licitações do tipo técnica e preço, o § 2º do mesmo artigo não remete a nenhuma regra sobre limitação de preços*". Para a unidade técnica, "*em que pese ser correta a interpretação do representante de que o artigo 46 não explicita a regra de limitação do preço para licitações do tipo técnica e preço, observa-se que essa regra é geral e permeia a Lei nº 8.666/1993 em algumas de suas partes, explicitamente ou não, e não pode ser questionada ou desobedecida sob nenhum pretexto*". Nesse quadro, a unidade técnica citou os artigos 40 e 48 da Lei 8.666/1993, em cujos âmbitos de aplicação estão todos os tipos e modalidades de licitação. O relator, ao concordar com os exames da unidade técnica, votou, então, pela improcedência da representação, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1288/2011-Plenário, TC-010.632/2011-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 18.05.2011.***

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 1 – A desclassificação de licitante deve estar amparada em laudo ou parecer que indique, de modo completo, as deficiências na amostra do produto a ser adquirido, quando esta é exigida

Por intermédio de representação, o Tribunal tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 71/2010, realizado pela Prefeitura de Manaus, no Amazonas, cujo objeto consistiu no registro de preços para eventual aquisição de gêneros alimentícios, em lotes, da merenda escolar, para atendimento à rede municipal de ensino. Dentre tais irregularidades, estaria a falta de critérios técnicos objetivos de avaliação de amostras apresentadas pelos licitantes vencedores dos lotes licitados, levando à desclassificação de 4 deles. Para o relator, de fato, não foram disciplinados os critérios de avaliação das características inerentes aos produtos objeto das amostras, somando-se a isso a falta de objetividade por parte da comissão responsável pela análise das amostras, a qual, para ele, avaliou os produtos sem qualquer ajuizamento técnico ou, ainda, levando em conta apenas a ausência de informações na embalagem. Por conta da falta de transparência dos procedimentos adotados, os quais não detalharam as falhas apontadas pela comissão de avaliação, dificultou-se, conforme o relator, o direito de defesa dos licitantes. Nesse contexto, o laudo ou parecer que concluísse pela desconformidade da amostra ao objeto da licitação deveria ter apontado, de

modo completo, "*as deficiências identificadas na amostra, a fim de que reste assegurado o direito de interpor recurso e exercitar o contraditório e a ampla defesa*", destacou o relator. Por conseguinte, em face desta e de outras irregularidades que teriam viciado o procedimento licitatório realizado pela Secretaria Municipal de Educação de Manaus/AM, considerando, ainda, que as primeiras compras decorrentes do certame já teriam sido realizadas, votou o relator por que se determinasse, cautelarmente, à Prefeitura de Manaus que se abstivesse de realizar novas aquisições, com recursos federais, de produtos constantes da Ata de Registro de Preços 11/11, decorrente do Pregão 71/2010 – CML/PM, bem como não permitisse novas adesões à mencionada Ata, até que o Tribunal deliberasse definitivamente sobre a matéria. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1291/2011-Plenário, TC-004.835/2011-5, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 18.05.2011.***

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 2 - Em regra, as aquisições por parte de instituições públicas devem ocorrer por itens, sendo que no caso de opção de aquisição por lotes a composição destes deve ter justificativa plausível

Ainda na representação que tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 71/2010, analisou-se a escolha, por parte da Prefeitura de Manaus, de aquisição dos produtos por lotes e não por item, em aparente desacordo com o art. 15, inciso IV, da Lei 8.666/1993, bem como com a Súmula TCU 247. Para o relator, os argumentos apresentados pela adquirente relativos à manifestação do conselho de alimentação escolar, ao cardápio elaborado por nutricionista, além do suposto propósito de garantir maior celeridade no cumprimento do programa da merenda, foram insuficientes para justificar a escolha de lotes, em vez de itens, como unidade referencial na aquisição. Não haveria comprovação de que o loteamento das aquisições, da forma procedida, asseguraria vantagens, pois "*os lotes em si não formam cardápios independentes, sendo formados por produtos que não se complementam perfeitamente*". Na espécie, destacou o relator que, para a formação de uma alimentação balanceada e nutritiva, seria necessária a mistura entre os gêneros dos diferentes lotes. Aditou, ainda, que os itens a serem adquiridos, isoladamente, consistiriam grandes quantidades, afastando quaisquer alegações de perda de economia de escala na adjudicação por item dos gêneros. Não afastou de maneira absoluta, entretanto, a possibilidade de aquisição dos produtos em lotes. O principal problema que houve, no caso do Pregão 71/2010, para o relator, foi a composição dos lotes, os quais previram volumosas quantidades e elevados montantes de recursos, medidos aos milhões de quilos e reais. Assim, a definição de maior número de lotes, contendo menores volumes de produtos e quantias, poderia, concomitantemente, atender aos anseios da Prefeitura e cumprir com a ordem jurídica. O relator refutou, ainda, o argumento de que, em aquisições anteriores, ocorreram transtornos quando se optou por itens, devido ao fracasso de alguns itens licitados (açúcar e macarrão) e irregularidade na entrega de certos produtos, resultando em falhas na distribuição, a um só tempo, dos gêneros alimentícios à rede municipal de ensino. Tal deficiência nos processos anteriores, para o relator, não fundamentaria "*a aquisição por lotes, inexistindo garantias de que os problemas na entrega estariam afastados. Eventuais falhas devem ser corrigidas com a aplicação das devidas sanções ao fornecedor*". Por conseguinte, em face desta e de outras irregularidades que teriam viciado o procedimento licitatório realizado pela Secretaria Municipal de Educação de Manaus/AM, considerando, ainda, que as primeiras compras decorrentes do certame já teriam sido realizadas, votou o relator por que se determinasse, cautelarmente, à Prefeitura de Manaus que se abstivesse de realizar novas aquisições, com recursos federais, de produtos constantes da Ata de Registro de Preços 11/11, decorrente do Pregão 71/2010 – CML/PM, bem como não permitisse novas adesões à mencionada Ata, até que o Tribunal deliberasse definitivamente sobre a matéria. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1291/2011-Plenário, TC-004.835/2011-5, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 18.05.2011.***

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 3 – No caso de aquisição de gêneros componentes de merenda escolar, mesmo com o uso do registro de preços, é necessário indicação dos recursos orçamentários que a suportarão

Na mesma representação que tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 71/2010, realizado pela Prefeitura de Manaus, no Amazonas, o Tribunal cuidou da ausência de previsão de dotação orçamentária para a realização do certame. Na opinião da unidade técnica, a situação não encontraria amparo legal, uma vez que o art. 14 da Lei 8.666/1993 estabelece que nenhuma compra será feita sem a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. Para a unidade instrutiva, ainda que haja entendimento doutrinário de que aquisições, pela via do registro de preços, dispensam a previsão de dotação orçamentária, por não obrigar a administração a

adquirir o objeto licitado, tal compreensão não se aplicaria na espécie, "*visto que produtos da alimentação escolar são gêneros de primeira necessidade, não sendo facultado à Administração optar por não adquiri-los*". O relator, ao concordar com a unidade técnica, destacou que a aquisição de produtos para merenda escolar configura-se em compra compulsória, impondo a necessidade de indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento. Entretanto, por considerar suficiente recomendar, em momento posterior, à Prefeitura de Manaus que adotasse tal conduta, deixou para quando da decisão definitiva de mérito, tal medida. Todavia, em face de outras irregularidades que teriam viciado o procedimento licitatório realizado pela Secretaria Municipal de Educação de Manaus/AM, considerando, ainda, que as primeiras compras decorrentes do certame já teriam sido realizadas, votou o relator por que se determinasse, cautelarmente, à Prefeitura de Manaus que se abstivesse de realizar novas aquisições, com recursos federais, de produtos constantes da Ata de Registro de Preços 11/11, decorrente do Pregão 71/2010 – CML/PM, bem como não permitisse novas adesões à mencionada Ata, até que o Tribunal deliberasse definitivamente sobre a matéria. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1291/2011-Plenário, TC-004.835/2011-5, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 18.05.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 24 e 25 de maio de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratação de serviços: 1 – Na formação dos preços constantes das planilhas de custos, devem ser observados os ganhos de escala em razão da quantidade demandada
No âmbito da tomada de contas da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo - (MTur), relativa ao exercício de 2007, o TCU examinou o Pregão, para Registro de Preços, nº 22/2005, que teve por objetivo a contratação de solução de produção, gerenciamento e digitalização de documentos. Para o relator, a irregularidade verificada no certame, e no contrato dele decorrente, fora o pagamento de serviços à empresa contratada, com base em planilhas de custos com formação de preços, sem observância da economia de escala. Ao examinar a composição da proposta da empresa, o relator verificou que, das vinte e seis planilhas de custos com formação de preços por faixas de quantidades, relativas aos serviços de digitalização e impressão, dezoito obedeceram ao ganho de escala, ou seja, o preço unitário do serviço decrescia, na medida em que aumentasse a quantidade demandada. Para as demais, os preços unitários das planilhas de custos, além de não observarem ganho de escala, foram majorados de forma desproporcional e sem justificativa. Nesse quadro, considerou antieconômica a contratação, em face de a curva dos preços da proposta vencedora não ter seguido o padrão de uma reta decrescente, inversamente às faixas de crescentes quantidades demandadas, em uma “*incomum majoração de preços unitários para maiores quantidades, em sentido inverso ao esperado*”. Registrou, ainda, que houve clara e objetiva demonstração, mediante pesquisas realizadas pela unidade técnica, de que os preços cobrados pela vencedora do certame foram excessivos e, portanto, incompatíveis com os de mercado. Por conseguinte, votou pela irregularidade das contas do responsável envolvido, imputando-lhe, solidariamente com a empresa beneficiada, o débito decorrente da irregular execução do contrato que resultou do Pregão nº 22/2005, sem prejuízo de aplicar a eles multa, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1337/2011-Plenário, TC-018.887/2008-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011.***

Contratação de serviços: 2 – Parecer jurídico em processo licitatório, exarado com fundamento no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, não constitui ato meramente opinativo e pode levar à responsabilização do emitente
Ainda na tomada de contas da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo - (MTur), relativa ao exercício de 2007, o TCU analisou a contratação, por inexigibilidade de licitação, do Centro de Excelência em Turismo da Universidade Federal de Brasília – (CET/UnB), para prestação de serviços de gestão de documentos. Inicialmente, por entender ausente justificativa circunstanciada para comprovar a inviabilidade de competição, bem como por faltar pesquisa de preços, em desacordo com os arts. 25, *caput*, e 26, § único, inciso III, da Lei 8.666/1993, o Tribunal promoveu a audiência de diversos responsáveis pela aludida contratação direta, dentre eles, servidores da assessoria jurídica do órgão, que atuaram como pareceristas no processo. Ao cuidar da situação, o relator destacou a obrigatoriedade da emissão de tais pareceres, por força de lei (parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666, de 1993), não cabendo ao consultor jurídico esquivar-se de tal responsabilidade, por não ser tal ato meramente opinativo. Para o relator, "*da leitura do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 (examinar e aprovar), combinada com a do art. 11 da Lei Complementar 73/1993 (examinar prévia e conclusivamente), depreende-se que, para prática dos atos nele especificados, o gestor depende de pronunciamento favorável da consultoria jurídica, revelando-se a aprovação verdadeiro ato administrativo. Sem ela, o ato ao qual adere é imperfeito*". Dessa forma, "*ao examinar e aprovar (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), ou de outra forma, ao examinar prévia e conclusivamente (art. 11 da LC 73/93) os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado, não se podendo falar em parecer apenas opinativo*". Todavia, por considerar que a irregularidade percebida não seria suficiente para macular a gestão das responsáveis da área jurídica da instituição, o relator votou pela regularidade, com ressalvas, das contas de tais agentes, sem prejuízo de expedir determinações corretivas para as futuras licitações a serem promovidas pelo MTur. Ao acolher o voto do relator, o Tribunal ementou o entendimento de que "*a emissão de pareceres técnico-jurídicos, no exercício das atribuições de procurador federal, que impliquem a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos (art. 38 da Lei 8.666/93), autoriza, em casos de expressa violação da lei, a responsabilização solidária do emissor, já que a manifestação do setor técnico fundamenta a decisão do administrador*". Precedentes citados: Acórdãos nºˢ 462/2003 e 147/2006, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1337/2011-Plenário, TC-018.887/2008-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011.***

Aquisição de produtos hospitalares: 1 – A participação de parecerista técnico em fraude à licitação pode ensejar sua responsabilização
Mediante tomada de contas especial, o Tribunal apurou potencial sobrepreço em aquisições de próteses não constantes da tabela de órteses e próteses médicas do Sistema Único de Saúde – (SUS), realizadas pelo Hospital Cristo Redentor (HCR), integrante do Grupo Hospitalar Conceição. Para a unidade instrutiva, um dos responsáveis, Coordenador do Centro de Resultados em Traumato-Ortopedia, que emitira pareceres técnicos quanto às aquisições das próteses, fora fundamental para a perpetração dos prejuízos, com sua atuação, consistindo essa em dar, ou não, a depender do caso, parecer técnico em favor de determinadas empresas, de maneira à apenas legitimar aquisições que já tinham sido procedidas, em espécie de simulacro licitatório. Nesse quadro, a unidade técnica refutou o argumento de que, por conta da discricionariedade existente nos pareceres emitidos, o responsável não poderia ser alcançado pelo TCU. Para ela, a discricionariedade mencionada não serviria de 'carta-branca', a permitir ao parecerista agir do modo que bem entendesse. Ao tratar da questão, o relator entendeu que a atuação do Coordenador do Centro de Resultados em Traumato-Ortopedia fora determinante para o direcionamento dos processos licitatórios e para os prejuízos decorrentes. Quanto às empresas beneficiárias do esquema engendrado, destacou o relator que "*não se pode inferir o desconhecimento do caráter dissimulado das licitações de que participavam, mesmo porque já haviam fornecido os produtos a serem comprados*". Restaria evidenciada, portanto, a atuação de tais empresas na fraude, com vistas à obtenção de vantagem indevida. Por conseguinte, votou por que fossem julgadas irregulares as contas do responsável em questão, condenando-o, solidariamente com as empresas beneficiárias, ao recolhimento do débito apurado, sem prejuízo da aplicação de multa a todos. Votou, ainda, pela declaração de inidoneidade das empresas participantes do esquema fraudulento. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua concordância. ***Acórdão n.º 1380/2011-Plenário, TC-026.011/2008-4, rel. Min. José Múcio, 25.05.2011.***

Aquisição de produtos hospitalares: 2 – Compras, sempre que possível, devem ser planejadas com base nos registros de consumo dos materiais

Ainda na tomada de contas especial que apurou potencial sobrepreço em aquisições de próteses não constantes da tabela de órteses e próteses médicas do Sistema Único de Saúde – (SUS), realizadas pelo Hospital Cristo Redentor (HCR), o Tribunal enfrentou o argumento apresentado pelo responsável de que as aquisições não poderiam seguir os trâmites da legalidade, porque não se saberia, com antecedência, a espécie de material que seria necessário para atender as necessidades dos serviços de pronto–socorro do HCR. Na instrução, a unidade técnica consignou que acatar tal linha argumentativa implicaria concluir que qualquer material necessário a um serviço de atendimento emergencial à saúde não poderia se submeter às disposições da Lei de Licitações. Ainda segundo a unidade instrutiva, "*uma instituição dotada de mínima organização gerencial deveria possuir controles estatísticos de utilização dos materiais necessários à execução de suas atividades quotidianas, utilizando como referência, por exemplo, registros de consumo desses materiais ao longo de períodos de tempo determinados*". Além disso, consoante a unidade técnica, "*mesmo para casos em que a previsão estatística e o controle de consumo e demanda efetivamente não fossem possíveis, e admitimos que devam ocorrer com razoável frequência na prática médica, especialmente em instituições hospitalares que pratiquem atendimento de pronto-socorro, como é o caso do Hospital Cristo Redentor, seria possível adotar procedimentos regrados pelo ordenamento (...) tais como o registro de preços*". Considerando esta e outras irregularidades, o relator votou por que fossem julgadas irregulares as contas do responsável em questão, condenando-o, solidariamente com as empresas beneficiárias, ao recolhimento do débito apurado, sem prejuízo da aplicação de multa a todos. Votou, ainda, pela declaração de inidoneidade das empresas participantes do esquema fraudulento. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua concordância. ***Acórdão n.º 1380/2011-Plenário, TC-026.011/2008-4, rel. Min. José Múcio, 25.05.2011.***

Contratação de serviços: 1 - A ocorrência de fraude comprovada à licitação sujeita as licitantes que a perpetraram efetivamente à declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública

Mediante representação, o Tribunal tratou de possíveis irregularidades na Concorrência 159/2009, conduzida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), cujo objeto, dividido em oito lotes, consistiu na contratação de empresas para execução dos serviços de reabilitação, manutenção, fornecimento e implantação de dispositivos de segurança do tipo defensas metálicas em rodovias federais, localizadas em todas as unidades da federação. A unidade técnica, ao examinar as propostas apresentadas pelas licitantes, verificou, no que se referiu ao lote 6 do certame, que as planilhas 'quadro de preços unitários' e 'composição de preços unitários' apresentadas por dois consórcios participantes da licitação teriam o mesmo teor, indicando possível conluio entre eles. Propôs, então, que fosse declarada a inidoneidade de todas as empresas integrantes de ambos os consórcios, no que contou com a aquiescência do Ministério Público junto ao TCU, o qual registrou, ainda, que, além da igualdade de preços das propostas, haveria também erros de grafia que se replicariam nas planilhas dos dois consórcios, o que não poderia ser atribuído a uma mera coincidência. O relator, todavia, divergiu da proposta. Segundo ele, apesar de descabida a justificativa apresentada pelos consórcios licitantes que atribuíram as proximidades em suas propostas à coincidência, considerou imprópria a declaração de inidoneidade das empresas integrantes dos consórcios, em vista de não se ter consumado, no resultado da concorrência, dano ao erário, restrição ao caráter competitivo do certame ou vantagem aos licitantes decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Todavia, o ministro-substituto, Weder de Oliveira, atuando como revisor, entendeu assistir razão às análises procedidas pela unidade técnica, pois "*o conjunto de fortes evidências materiais constante dos autos constitui prova do conluio perpetrado para frustrar o caráter competitivo do certame, pois as empresas envolvidas não concorreram, de fato, entre si. Concorreram combinadamente contra as demais licitantes*". Verifica-se, na opinião do revisor, portanto, "*a ocorrência de fraude comprovada à licitação, sujeitando as licitantes que perpetraram a fraude à declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal*". O ministro-revisor ponderou, contudo, que, quanto às empresas que deveriam ser declaradas inidôneas, deveriam ser punidas somente aquelas que, com base nos elementos integrantes dos autos, "*trabalharam pela consecução da ilegalidade, ou seja, aquelas que praticaram os atos formais que resultaram na fraude*". Na espécie, ainda consoante o ministro-revisor, coube às empresas líderes dos consórcios a representação das demais em todas as fases do procedimento licitatório, o que levaria à responsabilização de tais empresas, bem como de outra empresa, cujo diretor fora constituído procurador de um dos consórcios. Quanto às demais empresas integrantes dos dois consórcios, não haveria nos autos elementos que permitissem afirmar se participaram ou mesmo se tinham conhecimento da fraude, razão pela qual votou pela declaração de inidoneidade apenas das

empresas comprovadamente envolvidas na fraude. O Plenário, por maioria, acolheu o voto-revisor. Precedentes citados: Acórdãos n^os^ 767/2005, 548/2007 e 2549/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1340/2011-Plenário, TC-029.352/2009-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, revisor Min.-Subst. Weder de Oliveira, 25.05.2011***.

Contratação de serviços: 2 – A declaração de inidoneidade possui efeito 'ex-nunc', cabendo às entidades administrativas medidas com vistas à rescisão de contrato que possuam com a empresa julgada inidônea, caso entendam necessário. Contudo, no caso do certame que levou à aplicação da sanção, a instituição pública deve adotar as providências necessárias, com vistas à pronta rescisão do contrato decorrente

Ainda na representação em que tratou de possíveis irregularidades na Concorrência 159/2009, conduzida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), o Tribunal cuidou da necessidade de rescisão do contrato oriundo do procedimento viciado. Com base na jurisprudência do Tribunal, o ministro-revisor ressaltou os efeitos **ex-nunc** da declaração de inidoneidade, a qual, portanto, não ensejaria a rescisão imediata de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas com a Administração Pública, pois tal medida nem sempre se mostraria solução mais vantajosa, uma vez que, "*dependendo da natureza dos serviços pactuados, que em algumas situações não podem sofrer solução de continuidade, não seria vantajoso para a administração rescindir contratos cuja execução estivesse adequada para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório*". De outro lado, caberia às próprias entidades contratantes da empresa tida por inidônea avaliar, no âmbito de suas autonomias, a necessidade de adoção de medidas administrativas com vistas a eventuais rescisões, caso julgadas necessárias, cumpridas as formalidades legais para tanto. Diferente, ainda conforme o ministro-revisor, a situação de contrato decorrente de certame impugnado, no qual se verificara a conduta que autorizaria a declaração de inidoneidade de uma empresa. Em tal caso, o ministro-revisor entendeu que o contrato deveria ser prontamente rescindido, razão pela qual votou por que o Tribunal assinasse prazo para que o DNIT adotasse as providências necessárias à rescisão do contrato firmado com o consórcio vencedor do lote 6 da Concorrência nº 159/2009, com relação ao qual fora detectada a fraude. O Plenário, por maioria, acolheu o voto-revisor. Precedentes citados: Acórdãos n^os^ 767/2005, 548/2007 e 2549/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1340/2011-Plenário, TC-029.352/2009-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, revisor Min.-Subst. Weder de Oliveira, 25.05.2011***.

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 31 de maio e 1º de junho de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A vedação contida no inciso III do art. 9º da Lei 8.666/1993 continua a ter incidência, ainda que na fase externa da licitação já não haja mais vínculo do servidor alcançado pelo dispositivo legal com a licitante

"*A demissão do cargo em comissão ocupado por dirigente que participou diretamente da fase interna da licitação não impede a incidência da vedação contida no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993, uma vez que, embora perdendo a capacidade de influir no resultado da licitação, remanesce a vantagem do maior conhecimento acerca do objeto licitado em relação aos potenciais concorrentes*". Foi a esse entendimento a que chegou o TCU ao apreciar pedidos de reexame interpostos por empresa contratada e por diversos responsáveis da Prefeitura Municipal de Morretes, no Paraná, em face do Acórdão 1.733/2010, do Plenário, no qual lhes fora aplicado multa, em decorrência da constatação de restrição indevida de competitividade na Tomada de Preços 6/2008, e declarada a inidoneidade da contratada, para participar de licitações públicas federais pelo prazo de cinco anos. Dentre as várias irregularidades que formaram o quadro fático que levou à condenação dos responsáveis, o relator enfatizou duas. Uma delas foi a participação isolada no certame licitatório de empresa de propriedade de servidora, ao tempo dos fatos, engenheira fiscal da Prefeitura Municipal, empresa a qual fora posteriormente contratada, o que estaria, conforme o **decisum** inicial, em oposição ao inciso III do art. 9º da Lei nº 8666/1993 e aos princípios constitucionais da moralidade, da isonomia e da impessoalidade. Nesta etapa processual, ao analisar os argumentos apresentados, o relator considerou que, efetivamente, não se poderia negar que houve o acesso privilegiado a informações por parte da ex-fiscal de engenharia da prefeitura de Morretes/PR. Todavia, na espécie, haveria atenuantes a serem ponderados. Dentre eles, o fato de que a responsável deixara o referido cargo dois dias após o lançamento do edital do certame. Assim, para o relator, "*a rigor, a vedação prevista no art. 9º, inciso III, do estatuto inexistiu para a maior parte da fase externa da licitação*", apesar da pertinência da crítica da unidade instrutiva de que "*dias antes, a responsável já preparava os documentos da proposta a ser apresentada no certame*". Para o relator, a situação evidenciaria que a responsável "*detinha informações de que não dispunham seus eventuais concorrentes, favorecimento que expõe a conduta ao alcance da vedação legal de participação de dirigente*". Entretanto, ainda segundo o relator, "*a incapacidade de influir no resultado da licitação é outro objetivo do dispositivo legal mencionado, o qual restou atendido com a demissão da*

recorrente do cargo que então ocupava na prefeitura”. Por conseguinte, ao ponderar esta e outras atenuantes, sem deixar, contudo, de considerar o procedimento irregular, concluiu o relator ser a apenação veiculada na decisão inicial de demasiado rigor, razão pela qual votou pelo provimento parcial dos pedidos de reexame apresentados, para adequar as sanções aplicadas à gravidade das condutas observadas, no que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 1448/2011-Plenário, TC-008.298/2009-7, rel. Min. Augusto Nardes, 1º.06.2011***.

Fiscalização de contratos: no caso de execução irregular, a ausência de providências tempestivas por parte dos responsáveis pelo acompanhamento do contrato pode levar à imputação de responsabilidade, com aplicação das sanções requeridas

“*É dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993*”. Essa a conclusão a que chegou o Tribunal, ao apreciar tomada de contas especial na qual apurou potenciais prejuízos ao erário na execução do Contrato nº 40/2004, firmado entre o Ministério da Previdência Social – (MPS) e instituição privada, cujo objeto consistiu na execução de projeto de pesquisa e desenvolvimento de um sistema integrado, utilizando gestão do conhecimento com inteligência artificial, para implantação da Metodologia de Gerenciamento de Riscos da Previdência Social – (Projeto GR). Após a oitiva dos responsáveis, o relator delineou quadro fático relativo à execução do contrato eivado de diversas irregularidades, em especial, o atesto de notas fiscais referentes a produtos e serviços executados em desconformidade com as especificações contratuais, mesmo diante de notas técnicas que denotavam a inadequação dos módulos entregues, bem como permissões para que fossem feitas alterações nas especificações dos produtos e no cronograma de entregas, quando na realidade deveriam ter sido tomadas providências, por parte do MPS, no sentido de rescindir o contrato e obter o ressarcimento ao erário dos recursos despendidos sem a devida contrapartida em fornecimento de serviços adequados por parte da empresa contratada. Segundo o relator, por sua extrema importância, havia expectativa de que a contratação assumisse papel paradigmático e inovador no âmbito não só da Previdência Social, mas de toda a Administração Pública Federal. Entretanto, desde seu início, a contratação foi falha, tendo a situação se agravado, ante a inação dos responsáveis, dos quais era exigida a adoção de providências concretas na fase de execução do contrato, “*com vistas à formalização de alterações, mediante termos de aditamento, que gerassem redução no montante financeiro ajustado entre as partes, ou a paralisação da execução até que fossem solucionadas todas as pendências*”. Noutro ponto, o relator entendeu ser incabível o argumento de que o contrato foi pioneiro no âmbito da administração pública, sujeito a variações naturais que não poderiam ser, à época, previstas. Para ele, tal fato não afastaria a reprovabilidade da conduta dos responsáveis, pois, na verdade, a irregularidade não estaria na estimativa de preços e nas específicas circunstâncias que podem ter permeado a fase de pré-contratação, mas sim nos atos comissivos e omissivos levados à efeito durante a execução do contrato, os quais resultaram em produtos e serviços que não contemplaram tecnologias e soluções adequadas, em frontal descumprimento ao objeto proposto e contratado. Por conseguinte, votou pela condenação, em débito, dos responsáveis envolvidos solidariamente com a instituição privada que deveria ter executado o objeto da avença. Votou, ainda, considerando de elevada gravidade as ações dos gestores, por que fossem eles inabilitados, por um período de cinco anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, no que foi acompanhado pelos Plenário. ***Acórdão n.º 1450/2011-Plenário, TC-021.726/2007-4, rel. Min. Augusto Nardes, 1º.06.2011.***

Na utilização do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 como fundamento da contratação direta, as obras e/ou serviços contratados devem estar adstritos ao necessário para que se evitem maiores danos ao erário

Denúncia, com pedido de medida cautelar, foi formulada ao Tribunal por conta de supostas irregularidades perpetradas no âmbito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí - (IFPI), atinentes à conclusão da obra do Campus Paulistana, na cidade de Paulistana/PI, dentre as quais, de acordo com o relator, estaria a utilização do inc. IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 (dispensa de licitação amparada na emergência) para a contratação de todo restante da obra. Para ele, “*não se pode olvidar que ‘licitação’ é regra, ao passo que ‘contratação’ direta é exceção, a ser devidamente motivada*”. Poder-se-ia até admitir em situações dessa natureza, emergenciais, sempre mediante justificativa, a contratação de partes da obra ou de

alguns serviços mais específicos, cuja não finalização em caráter de urgência pudesse causar sérios danos à estrutura já edificada, acarretando, por exemplo, a deterioração dos bens já empregados na obra. Assim, vislumbrou o relator, em juízo de cognição sumária, além de outras, irregularidade na decisão do IFPI em contratar todo o restante da obra, com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei 8.666/1993. Por conseguinte, concluiu pela necessidade de adoção de medida cautelar para que se determinasse ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí que se abstivesse de celebrar o contrato emergencial para conclusão da obra do Campus Paulistana/PI, decorrente do procedimento previsto no "edital de consulta", até que o Tribunal delibere sobre o mérito da matéria. Precedente citado: Decisão nº 347/1994, do Plenário. ***Decisão monocrática no TC-014.245/2011-6, rel. Min. José Jorge, 1º.06.2011.***

SEGUNDA CÂMARA

É vedada a adesão de órgão ou entidade federal a ata de registro de preços promovida por órgão ou entidade estadual ou municipal

"*Por ferir o princípio da publicidade, é vedada a adesão de órgão ou entidade federal a ata de registro de preços promovida por órgão ou entidade estadual ou municipal*". Foi a este entendimento a que chegou o Tribunal ao analisar representação na qual examinou possíveis irregularidades na execução no contrato 58.554/2010, firmado pela Amazonas Distribuidora de Energia S/A – (Amazonas Energia), sociedade de economia mista federal, para terceirização de impressão descentralizada, com fornecimento de equipamentos, suprimentos e suporte técnico. Dentre elas, constou a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgãos estaduais (Secretaria de Estado da Fazenda do Amazonas e Comissão Geral de Licitação do Estado do Amazonas) por parte da entidade federal. Promovida a oitiva dos responsáveis, estes argumentaram, dentre outros, que "*a jurisprudência do TCU (acórdão 6.511/2009 – 1ª Câmara) não vedou expressamente a adesão de ente federal a ata de registro de preços gerida por ente de outra esfera federativa; somente órgãos da administração direta, nos termos da Orientação Normativa AGU 21/2009 e dos arts. 2º e 17 da Lei Complementar 73/1993, estariam impedidos de aderir a atas de registro de preços geridas por entes estaduais e municipais; o Decreto 3.931/2001, que autoriza a adesão a ata de registro de preços, não estipulou que os entes que aderissem deveriam pertencer à mesma esfera de governo; a adesão a atas de registro de preços, independentemente de os órgãos e entidades envolvidos serem de esferas federativas distintas, permite ganhos de escala e ganhos de preços para a administração pública e está de acordo com os princípios da legalidade, da razoabilidade e da economicidade".* A unidade técnica, todavia, rebateu os argumentos dos responsáveis, consignando que "*como a publicidade de licitações promovidas por entes federais deve ter amplitude nacional, enquanto as licitações estaduais são divulgadas apenas no respectivo âmbito, a adesão de ente federal a ata de registro de preços estadual viola os arts. 3º e 21, I, da Lei 8.666/1993*". Além disso, para a unidade técnica, "*ainda que, formalmente, a AGU não seja órgão de assessoramento jurídico a sociedades de economia mista, o que retira o caráter impositivo de suas manifestações em relação àquelas entidades, o conteúdo do entendimento consagrado na Orientação Normativa AGU 21/2009 se coaduna com a jurisprudência do TCU acerca do mérito da questão em debate e é aplicável à Amazonas Energia*". Aditou que, de fato, o Decreto 3.391/2001 não veda a adesão de ente federal a ata de registro de preços estadual, "*porque se destina apenas a regular o sistema de registro de preços da União, ao qual a adesão de entes estaduais, municipais e distritais é possível por não violar o princípio da publicidade*". Mas, ao contrário do afirmado pelos responsáveis, o acórdão 6.511/2009 – 1ª Câmara veda expressamente que um ente federal adira a atas de registro de preços provenientes de outros níveis federativos, na medida em que determinou a uma instituição federal que se "*abstenha de aderir ou participar de Sistema de Registro de Preços, se a gerência desse estiver a cargo de órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, em razão da devida publicidade que deve ser dada ao certame licitatório no âmbito da Administração Pública Federal".* Em consequência, votou o relator pela procedência da representação, bem como por que fossem rejeitadas as justificativas apresentadas pelos responsáveis para a irregularidade verificada, e, ainda, que lhes fossem aplicadas multa, no que foi acompanhado pelos demais membros do colegiado. ***Acórdão n.º 3625/2011-2ª Câmara, TC-029.535/2010-7, rel. Min. Aroldo Cedraz, 1º.06.2011.***

NOVA SÚMULA

Súmula n.º 264
A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 7 e 8 de junho de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratação de serviços: a inexistência de padrões que possam ser objetivamente estabelecidos no instrumento convocatório do pregão impedem o uso da modalidade
Representação formulada ao Tribunal noticiou irregularidades no Pregão Presencial 019/DALC/SBGR/2011, conduzido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – (Infraero), cujo objeto consistiu na concessão de uso de área destinada à implantação e exploração comercial de estacionamento de veículos, mediante a instalação de edifícios-garagem por sistema modular com tecnologia de armazenamento automatizado dos veículos no Aeroporto Internacional de Guarulhos, em São Paulo, pelo prazo improrrogável de 240 meses. De acordo com o representante, uma das irregularidades residiria na inadequação no uso do pregão, haja vista que tal modalidade deveria ser empregada na aquisição de bens e serviços comuns, assim entendidos aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, o que não ocorreria na espécie, considerando as peculiaridades do certame. Ao examinar a matéria, a unidade técnica entendeu assistir razão ao representante, ressaltando, inicialmente, que as características do empreendimento indicariam que, de fato, não se trata de bem ou serviço comum. Neste sentido, assinalou que a concessão da área em questão foi atrelada a uma série de exigências que, a par de sua complexidade, comportam, em princípio, um sem-número de soluções possíveis. Destacou, também, a ausência quase absoluta de estudos e projetos previamente elaborados pela Infraero que pudessem conferir um mínimo de especificidade às edificações a serem realizadas pela empresa contratada. Com isso, entendeu que restaria impossibilitado o estabelecimento de padrões objetivos de desempenho e qualidade do empreendimento, o que, nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2002, impediria a adoção do pregão. O relator, ao concordar com as análises da unidade técnica, destacou, em seu voto, que o objeto do Pregão Presencial 019/DALC/SBGR/2011 "*em nada se assemelha a serviços comuns, haja vista a inexistência de padrões que possam ser objetivamente estabelecidos no instrumento convocatório*", pois "*o procedimento instaurado pela Infraero está repleto de indefinições e carente de quaisquer padrões que possam balizar, não só a formulação das propostas por parte dos licitantes, mas também as próprias ações dos gestores da estatal*". Diante do fato, entendeu irregular o uso do pregão para a contratação pretendida. Contudo, considerando que o certame licitatório foi revogado pela da Infraero, concluiu o relator pela perda de objeto da representação, votando pelo arquivamento do processo, sem prejuízo de ser dado conhecimento à empresa estatal das análises levados à efeito pelo Tribunal, para que, na eventualidade de serem realizados novos procedimentos licitatórios em substituição ao Pregão 019/DALC/SBGR/2011, sejam corrigidas as irregularidades apontadas neste

processo. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1536/2011-Plenário, TC-006.763/2011-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 08.06.2011***.

Apesar de não existir comando legal que obrigue o Poder Judiciário a utilizar, sempre que possível, o pregão eletrônico para suas contratações, seus órgãos devem motivar a escolha da forma presencial, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico

Em face de determinação constante do Acórdão nº 1.402/2009-Plenário, unidade técnica do Tribunal realizou acompanhamento de contratações de bens e serviços de tecnologia da informação - (TI), efetuadas por diversas instituições federais. Dentre os problemas mais comuns diagnosticados em tais contratações, verificou-se que alguns órgãos do Poder Judiciário não motivam expressamente a escolha do pregão presencial, em detrimento do pregão na forma eletrônica, por entenderem que não estarem obrigados a seguir o Decreto nº 5.450/2005. A unidade técnica, ao examinar o assunto, destacou que "*embora o Poder Judiciário não se encontre vinculado ao Decreto 5.450/2005, deve-se reconhecer que o pregão na forma eletrônica apresenta vantagens consideráveis em relação ao pregão presencial, dentre as quais se destacam: maior competitividade e menor probabilidade de formação de cartéis, além de evitar o contato direto entre pregoeiro e licitantes*". O processo do pregão eletrônico, ademais, permitiria que o cidadão pudesse acompanhá-lo em tempo real, de qualquer lugar do país, trazendo maior transparência e controle social para as compras da Administração Pública. Ao concordar com a unidade técnica, o relator consignou que "*embora não exista comando legal que obrigue o Poder Judiciário a realizar pregão eletrônico, os órgãos devem motivar a escolha da forma presencial sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico".* Diante disso, por julgar oportuno que o Tribunal recomendasse ao Conselho Nacional de Justiça que os órgãos do Poder Judiciário motivem expressamente a escolha pelo pregão presencial na contratação de bens e serviços comuns de TI, o relator apresentou voto nesse sentido, que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão 2.245/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 1515/2011-Plenário, TC-017.907/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 08.06.2011.***

Reajuste de contratos administrativos: a superveniência de ato normativo editado por instituição pública contratante estabelecendo novos valores referenciais não autoriza, *per si*, o reajuste imediato de contrato já em andamento

Mediante representação, o TCU apurou possíveis irregularidades no contrato CRT/SP/6/2008, celebrado entre a Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado de São Paulo - (SR-Incra/SP) com fundação privada e cujo objeto consistiu em serviços de assessoria técnica, social e ambiental, de forma continuada, às famílias assentadas nos Projetos de Reforma Agrária e Projetos de Assentamentos reconhecidos pelo Incra. Dentre tais irregularidades, constou a firmatura do primeiro termo aditivo ao ajuste, elevando o custo anual por família atendida de R$ 540,00 para R$ 796,00, a partir de 30/10/2008, em razão de ato normativo editado pelo Incra em 29/08/2008 (norma de execução nº 77). Como o contrato inicial fora firmado em 02/07/2008, o reajuste, para a unidade técnica, não estaria condizente com as disposições da Lei 8.666/1993. Para ela, "*não faz sentido que, logo após uma licitação por menor preço, haja alteração contratual para pagar [a contratada] pelo valor máximo admitido pelo normativo do Incra*". De sua parte, o relator destacou que a atribuição de um novo valor para o contrato, de modo tão prematuro, só seria justificado em razão de desequilíbrio econômico-financeiro da avença, o que não seria o caso, posto não ter sido demonstrado nem pelo Incra, nem pela Fundação contratada, a superveniência "*de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*", conforme dispõe o art. 65, II, 'd' da Lei nº 8.666/1993. Assim, para o relator, a SR-Incra/SP teria utilizado indevidamente o novo teto referencial estabelecido pela norma de execução nº 77 como se fosse espécie de tabelamento, para reajustar, de forma automática e injustificada, o Contrato CRT/SP/6/2008. Por conseguinte, propôs o relator que fosse assinado prazo para que a SR-Incra/SP promovesse a anulação do primeiro termo aditivo ao contrato CRT/SP/6/2008, firmado em 30/10/2008, tendo em conta a ausência de respaldo legal para o ajuste, bem como apurasse o valor indevidamente pago à fundação privada contratada e adotasse, ainda, medidas para obter a recomposição do erário, o que foi aprovado pelo Plenário. ***Acórdão nº 1556/2011-Plenário, TC-027.120/2010-1, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 08.06.2011.***

Sessões: 14 e 15 de junho de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A dispensa de licitação prevista no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, cabendo a utilização do dispositivo desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares

Pedido de reexame interposto pelo ex-Superintendente da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - (APPA) contra o Acórdão 2.659/2010, do Plenário, que tratou, originariamente, de solicitação do Congresso Nacional para que apurasse eventuais prejuízos ao patrimônio público federal, decorrentes de 'gestão temerária' e de descumprimento do Convênio de Delegação dos Portos de Paranaguá e Antonina. O recorrente manifestou inconformismo diante da multa que lhe fora aplicada por conta de processo de contratação emergencial, com dispensa de licitação, para execução de serviços de dragagem na Barra da Galheta, situada na Baía de Paranaguá. Por ocasião da prolação do julgado anterior, o Tribunal entendeu que a situação emergencial teria resultado da desídia administrativa, falta de planejamento e má-gestão dos recursos públicos, caso em que, nos termos do entendimento fixado na Decisão TCU 347/1994-Plenário, o gestor deveria ser responsabilizado, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo. Na presente

etapa processual, a unidade técnica, ao examinar o recurso, afirmou que "*não é razoável apenar o gestor por falta de planejamento*", pois o próprio TCU reconhecera a necessidade urgente dos serviços de dragagem e que a falta de tais serviços decorreu de dificuldades administrativas, consoante o voto que fundamentou a deliberação recorrida. Além disso, ainda conforme a unidade técnica, a licitação instaurada pela APPA para contratar os serviços de dragagem acabou frustrada, em razão de a única concorrente habilitada ter proposto preço superior ao máximo orçado pela Administração. Finalmente, apontou a unidade instrutiva existência de entraves de cunho ambiental para a execução dos serviços. Por todas essas razões, sugeriu, por conseguinte, que o TCU desse provimento parcial ao pedido de reexame, a fim de reduzir a multa aplicada ao recorrente. Em seu voto, o relator destacou a necessidade de se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, por entender que "*a contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou do bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação*". Assim, com base em acórdão proferido anteriormente pelo Tribunal, fez registrar que "a *situação prevista no art. 24, IV, da Lei n° 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares*". Em consequência, votou pelo provimento parcial do recurso, para que fosse reduzido o valor da multa aplicada anteriormente. Contudo, manteve a condenação originária, em face de outras irregularidades, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 1138/2011, do Plenário. ***Acórdão n.º 1599/2011-Plenário, TC-013.519/2005-8, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 15.06.2011***.

A contratação de serviços de informática, com dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XVI, da Lei 8.666/93, deve preencher os seguintes requisitos: a contratante deve ser pessoa jurídica de direito público interno, a contratada deve integrar a Administração Pública e deve ter sido criada para o fim específico de prestar-lhe serviços

"*A contratação de serviços de informática, com dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XVI, da Lei 8.666/93, deve preencher os seguintes requisitos: a contratante deve ser pessoa jurídica de direito público interno, a contratada deve integrar a Administração Pública e deve ter sido criada para o fim específico de prestar-lhe serviços*". Com esse entendimento, o Tribunal julgou procedente representação, que teve por objetivo apurar a prática de irregularidades pelo Ministério do Trabalho e Emprego – (MTE) na contratação da empresa Cobra Tecnologia S.A., mediante dispensa de licitação, fundamentada no inciso XVI do art. 24 da Lei de Licitações, culminada no contrato administrativo 22/2004. Inicialmente, o Tribunal considerou que a entidade não poderia ser contratada a partir do referido dispositivo legal, tendo em vista não ter sido criada, especificamente, para prestar serviços à Administração Pública. Após a oitiva dos responsáveis, o relator posicionou-se pela rejeição das justificativas apresentadas, pois, além de outras razões, tal fundamentação, "*é frontalmente contrária à legislação, à jurisprudência desta Corte e à doutrina majoritária*", posto que, "*de um lado, em função de ser entidade que desenvolve atividade econômica, que deve se sujeitar à disciplina do § 1º do art. 173 da CF/88, não podendo, por decorrência, contar com privilégios em contratações governamentais. De outro, por não haver sido originalmente instituída com o fim específico de prestar serviços à Administração Pública. Antes, tal empresa foi criada com o objetivo de 'desenvolver, fabricar, comercializar, alugar, integrar, importar e exportar equipamentos e sistemas de eletrônica digital, periféricos, programas e produtos associados, insumos e suprimentos, bem como prestar serviços afins', podendo 'celebrar contratos e convênios com empresas nacionais e estrangeiras, bem como participar do capital de outras empresas'*." Além disso, destacou o relator já ter se posicionado o Tribunal no sentido de que as empresas integrantes da Administração Pública que possam prestar serviços também a particulares, como é o caso da Cobra Tecnologia S.A., "*não podem ser beneficiadas com a dispensa de licitação prevista no inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/1993, à semelhança do entendimento já firmado quanto ao inciso XVI*". Ainda segundo o relator, haveria exceção apenas no caso do Banco do Brasil S.A., empresa controladora da Cobra, "*que pode contratá-la com fundamento no inciso XXIII do art. 24 daquela Lei, desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado e que haja relação de pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem adquiridos e o objetivo institucional ou social da entidade subsidiária e controlada.*". Por conseguinte, votou pela aplicação de multa aos responsáveis envolvidos, sem prejuízo de expedição de determinação corretiva para as futuras licitações a serem conduzidas pelo MTE, o que foi aprovado pelo Plenário. ***Acórdão nº 1591/2011-Plenário, TC-014.275/2004-7, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 15.06.2011.***

O responsável pela emissão de parecer jurídico somente será responsabilizado em caso de erro grave inescusável ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo
Ainda na representação que teve por objetivo apurar a prática de irregularidades pelo Ministério do Trabalho e Emprego – (MTE) na contratação da empresa Cobra Tecnologia S.A., mediante dispensa de licitação fundamentada no inciso XVI do art. 24 da Lei de Licitações, o Tribunal tratou da responsabilidade dos pareceristas jurídicos, os quais, amparados em doutrina minoritária, foram de opinião pela legalidade da contratação da Cobra Tecnologia pelo MTE, ao amparo do dispositivo mencionado. Após registrar inexistir controvérsia jurisprudencial a respeito do tema, uma vez que a posição do Tribunal, pela negativa do uso da fundamentação apontada para a contratação da Cobra, é conhecida há tempo considerável, entendeu o relator pela irregularidade da contratação. No quadro fático, entretanto, por se tratar de parecer jurídico, ainda que amparado em doutrina minoritária, não caberia a apenação dos consultores jurídicos, por conta de entendimento mantido pelo Supremo Tribunal Federal (mandado de segurança 24.073-3), no sentido de que "*o advogado somente será responsabilizado em caso de erro grave inescusável ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo*", e por também não identificar, na hipótese, a situação configurada no MS 24.584-1-DF, também apreciado pelo STF, não vislumbrou nos autos elementos suficientes a permitir a aplicação de sanções aos consultores jurídicos. Votou, por conseguinte, por não acolher as justificativas apresentadas, deixando de aplicar a sanção correspondente, em face da mencionada jurisprudência do STF. ***Acórdão nº 1591/2011-Plenário, TC-014.275/2004-7, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 15.06.2011.***

É de responsabilidade da autoridade ordenadora da despesa em um processo licitatório checar se os atos produzidos por aqueles que se encontram sob sua hierarquia estão em conformidade com a ordem jurídica
Mediante representação, o Tribunal apurou irregularidades em licitações realizadas pelo Município de Montanhas, no Rio Grande do Norte. Na espécie, foram levados à efeito 3 convites, de números 15, 16 e 17, realizados em 2004, com valor aproximado de R$ 100.000,00 cada. Para os 3 certames, realizados na mesma data, foram convidadas as mesmas 3 empresas, sendo que cada uma foi declarada vencedora de um convite, denotando ajuste prévio entre as empresas e a municipalidade, no sentido de que todas fossem beneficiadas com as obras a serem contratadas. Ouvida em audiência, a Prefeita do Município ao tempo dos fatos avocou o princípio da confiança para tentar se eximir de responsabilização perante o Tribunal. Para ela, a irregularidade deveria ser imputada aos membros da comissão de licitação, posto que, como Prefeita, não participara da condução do certame, tendo depositado confiança de que o processo seria conduzido adequadamente pelos integrantes daquele órgão colegiado, com o que não concordou a unidade técnica, segundo a qual, "*a alegação de que o princípio da confiança abrigaria a defendente é imprópria*", pois *"imputam-se como irregularidades à responsável atos de sua própria autoria, no caso, a homologação dos convites n*os*. 15, 16 e 17/2004*". No voto, o relator destacou que "*se a responsável decidiu confiar em outras pessoas, **in casu**, nos integrantes da Comissão de Licitação, o fez por sua própria conta e risco".* Daí que, "*na qualidade de ordenadora de despesa, era sua responsabilidade checar se todos os procedimentos adotados pela Comissão de Licitação encontravam-se de acordo com a legislação aplicável para, só então, chancelar os certames*". Em consequência, o relator votou pela aplicação de multa à ex-Prefeita e aos demais responsáveis pela irregularidade, o que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão nº 1618/2011-Plenário, TC-032.590/2010-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.06.2011.***

Contratação de serviços ligados à tecnologia da informação: 1 - Sempre que possível, deve se dar preferência ao modelo de contratação de execução indireta baseada na remuneração por resultados, sempre que a prestação do serviço puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado ou por nível de serviço alcançado, evitando-se, assim, a mera alocação de mão de obra e o pagamento por hora trabalhada
Denúncia trouxe notícia ao TCU acerca de possíveis irregularidades ocorridas na Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado da Paraíba - (Incra/PB), relacionadas a processos licitatórios, terceirização de serviços e administração de pessoal. Dentre elas, verificou-se que no Contrato nº 3/2008, que teve por objeto a contratação de empresa especializada na área de informática, foi feita a locação de mão de obra, com pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço, em detrimento de se estabelecer a necessidade de os pagamentos serem realizados com base na mensuração dos resultados obtidos, de maneira aparentemente contrária à jurisprudência do Tribunal e a normas editadas pelo Poder

Executivo Federal (arts. 6º e 14, inciso II, alínea "i", e § 2º, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - SLTI/MPOG, nº 4/2008). Citando decisão anterior do Tribunal (Acórdão 1238/2008-Plenário), o relator destacou que "*os serviços fornecidos pela área de Tecnologia da Informação (TI) podem ser parametrizados segundo métricas e indicadores, que definem precisamente o esforço requerido e o resultado a ser alcançado, tanto do ponto de vista quantitativo, como do qualitativo. São, portanto, serviços cuja gestão pode – e deve – ser estruturada, o que pressupõe a especificação objetiva de produtos/serviços, a definição precisa de responsabilidades, o estabelecimento de custos, a identificação de riscos e a definição de métricas, indicadores e mecanismos de acompanhamento".* Nesse contexto, estaria bem evidenciado, no ponto de vista do relator, que os serviços de TI não se revestem da mesma natureza dos serviços de alocação de postos de trabalho (locação de mão-de-obra terceirizada), esses relacionados à simples colocação de pessoal à disposição da Administração e ao pagamento por horas trabalhadas. Conseqüentemente, não seria razoável sob a perspectiva da gestão, nem vantajoso economicamente, *"que se adote, para serviços de TI, o mesmo modelo de pagamento de serviços aplicável à alocação de postos de trabalho, porque tal modelo não leva em consideração uma característica positiva dos serviços de TI: a possibilidade de definir objetivamente os resultados requeridos e efetuar-se o pagamento somente quando atingidos esses resultados".* Assim, à vista dos fatos, ao concluir pela procedência parcial da denúncia, propôs o relator que o Tribunal determinasse ao Incra/PB que anulasse o Contrato nº 3/2008, bem como se abstivesse de contratar, no que se refere a serviços ligados à tecnologia da informação, por postos de trabalho, evitando, assim, a mera alocação de mão de obra e o pagamento por hora trabalhada, dando preferência ao modelo de contratação de execução indireta baseada na remuneração por resultados, sempre que a prestação do serviço puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado ou por nível de serviço alcançado. Nos termos dos fundamentos apontados pelo relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão nº 1631/2011-Plenário, TC-021.453/2008-3, rel. Min-Subst. André Luis de Carvalho, 15.06.2011.***

Contratação de serviços ligados à tecnologia da informação: 2 - O uso do pregão eletrônico na aquisição de bens e serviços comuns é preferencial. Nos casos de comprovada inviabilidade, são necessárias as devidas justificativas por conta da autoridade competente no respectivo processo

Ainda na denúncia que trouxe notícias acerca de possíveis irregularidades ocorridas na Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado da Paraíba - (Incra/PB), relacionadas a processos licitatórios, terceirização de serviços e administração de pessoal, o TCU constatou a inobservância do art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450, de 2005, que estabelece a obrigatoriedade do uso da modalidade do pregão eletrônico, salvo comprovada inviabilidade, justificada pela autoridade competente. A esse respeito, o responsável alegou que o Incra/PB não possuía servidor capacitado na modalidade pregão eletrônico e que a modalidade presencial foi escolhida por ser mais vantajosa, tendo em conta a presença física dos licitantes, apresentação de amostras e a possibilidade de negociação de preços, com apresentação imediata de documentos. O relator, todavia, refutou a argumentação, registrando que o pregão eletrônico tem sido alçada à condição de regra na licitação de bens e serviços comuns, "*justamente pelo fato de ser mais vantajosa para a administração, conforme se verifica na jurisprudência deste Tribunal*". Registrou o relator, ainda, que o Incra/PB vinha realizando pregões eletrônicos com regularidade até 2007, quando, então, tal forma de realização passou a ser preterida, em favor do pregão presencial, uma vez que nenhum pregão eletrônico foi realizado em 2008 e apenas 1 foi realizado até 9/4/2009, quando, foi retomada a preferência à forma eletrônica. Ao concluir pela procedência parcial da denúncia, entendeu pertinente o relator, então, propor que o Tribunal determinasse ao Incra/PB que desse preferência ao uso do pregão eletrônico na aquisição de bens e serviços comuns, em observância ao disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450, de 2005, salvo casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente no respectivo processo. Nos termos dos fundamentos apontados pelo relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdãos nºs 1.172/2008, 2.471/2008, 189/2009, 2.913/2009 e 2.990/2010, todos do Plenário. ***Acórdão nº 1631/2011-Plenário, TC-021.453/2008-3, rel. Min-Subst. André Luis de Carvalho, 15.06.2011.***

NOVA SÚMULA

Súmula n.º 265

A contratação de subsidiárias e controladas com fulcro no art. 24, inciso XXIII, da Lei nº 8.666/93 somente é admitida nas hipóteses em que houver, simultaneamente, compatibilidade com os preços de mercado e

pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades.

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 21 e 22 de junho de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Licitação na modalidade convite: a regularidade com a seguridade social e com o FGTS devem ser exigidos de todos os licitantes participantes do certame e não só daquele declarado vencedor
Pedidos de reexame foram interpostos por diversos responsáveis contra o Acórdão 2890/2010, do Plenário, no qual o Tribunal examinou denúncia sobre supostas ilegalidades em licitações realizadas pelo Município de Nordestina/BA, para consecução de obras beneficiadas com recursos oriundos de convênios celebrados com entes federais. Conforme o **decisum** inicial, uma das irregularidades observadas consistiu na habilitação, em vários convites, de empresas que não apresentaram tempestivamente as devidas certidões de regularidade para com a seguridade social e FGTS, exigência constante do art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666/93. Nesta etapa processual, reforçando conclusões do acórdão recorrido, o relator destacou que não se trata de verificar, no que se refere à regularidade fiscal, apenas a situação da licitante vencedor, mas de todos os licitantes que participem de um convite. Diante disso, "*prosseguir em certames com essa ausência e posteriormente homologá-los representa grave afronta à lei*". Votou, então, pelo não provimento dos pedidos de reexame intentados, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1676/2011-Plenário, TC-020.288/2007-5, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 22.06.2011***.

No caso de ordem judicial para que a Administração Pública firme contrato decorrente de licitação por ela anteriormente anulada, os valores da planilha orçamentária devem corresponder àqueles que constaram do certame, sendo que as futuras alterações contratuais estão, de modo geral, limitadas aos limites legais impostos pela pelo artigo 65 da Lei 8.666/1993. No caso de alterações qualitativas que demandem que tais limites sejam superados, devem ser observadas as condições e formalidades referidas na Decisão 215/1999 do Plenário do Tribunal
Auditoria do Tribunal realizada no Departamento Penitenciário Nacional – (Depen), na Caixa Econômica Federal – (CEF) e no Governo do Estado do Rio Grande do Sul, com o objetivo verificar a conformidade da aplicação de recursos federais em obras públicas de construção e ampliação de penitenciárias, detectou indícios de irregularidades no Contrato nº 329/2010, consistentes em alterações substanciais nos itens de

composição da avença, quando comparado com o que fora efetivamente licitado. Inicialmente, certa empresa privada houvera vencido a Concorrência nº 162/2007, anulada pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, em virtude de erros na planilha orçamentária da licitação. Todavia, posteriormente o Superior Tribunal de Justiça declarou ilegal o ato anulatório da licitação, determinando que o contrato relativo ao certame fosse firmado com a empresa declarada vencedora. Ocorre que, ao invés de firmar contrato nos moldes da licitação que fora anulada, o termo contratual foi assinado pelo Estado do Rio Grande do Sul com as alterações no objeto promovidas para a realização de uma nova licitação planejada para aquele mesmo ano. No entanto, para o relator, "*o correto seria a assinatura de um contrato cujo objeto correspondesse ao descrito na planilha orçamentária da primeira licitação*". Após isto, "*dever-se-ia promover as alterações contratuais necessárias, respeitando-se o limite legal de 25 % (art. 65,§ 1º, da Lei nº 8.666/1993), tendo-se o valor inicial do contrato como referência*". Caso as mudanças qualitativas o ultrapassassem o limite referencial disposto na Lei nº 8.666/1993, "*o aditamento só seria possível se preenchidos os requisitos discriminados na letra 'b' na Decisão nº 215/1999 - TCU – Plenário*". Como as formalidades e condições estabelecidas no aresto não foram cumpridas, entendeu o relator tratar de irregularidade grave, de acordo com a classificação adotada pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, votou, assim, por que fossem promovidas diversas audiências de responsáveis, sem prejuízo de serem encaminhadas informações aos órgãos e entidades públicos potencialmente envolvidos com as obras em questão a respeito das impropriedades observadas, no que contou com a anuência do Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 749/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 1676/2011-Plenário, TC-008.847/2011-8, rel. Min. Raimundo Carrero, 22.06.2011***.

Licitação do tipo menor preço global: 1 - A restrição quanto a participação de determinadas marcas em licitação deve ser formal e tecnicamente justificada no processo de contratação

Por conta de representação, o Tribunal apurou possíveis irregularidades na Concorrência nº 6.986/2011, tipo menor preço global, promovida pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Administração Regional/SP – (Senac/SP), cujo objeto consistiu na contratação de empresa especializada para fornecimento de todo equipamento, material, mão-de-obra, maquinaria, ferramentas e instrumentos necessários para instalação de sistema de ar condicionado em unidades do Senac/SP, situadas em diversos municípios do Estado. Dentre tais irregularidades, constou a necessidade de que o fornecimento de equipamentos fosse restrito às marcas Toshiba, LG e Daikin, não sendo aceitas as marcas Hitachi, Mitsubishi e equivalentes. Para a unidade técnica, a previsão de marcas específicas deve contar com as devidas justificativas técnicas, pois, caso contrário, levaria à exclusão de potenciais fornecedores que teriam condições de participar do certame licitatório. Nesse quadro, ressaltou o relator que no caso de opções gerenciais que restrinjam o universo de possíveis interessados na licitação, "*é dever da Administração Licitante formalizar, no processo licitatório, os elementos que serviram de embasamento ao processo decisório, exibindo-os aos órgãos de controle*", o que, na espécie, não ocorreu. Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, votou por que o Tribunal determinasse, cautelarmente, a suspensão da licitação, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada, de modo a evitar que o prosseguimento irregular do certame acarretasse situações de fato ensejadoras de direitos subjetivos e tumulto na execução do objeto. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão nº 1695/2011-Plenário, TC-015.264/2011-4, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 22.06.2011.***

Licitação do tipo menor preço global: 2 - A decisão do administrador em não parcelar uma contratação deve ser obrigatoriamente precedida de estudos técnicos que a justifiquem

Ainda na representação em que apurou possíveis irregularidades na Concorrência nº 6.986/2011, tipo menor preço global, promovida pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Administração Regional/SP – (Senac/SP), o TCU analisou a concentração do objeto em um único contrato, quando a licitação poderia ser realizada em seis parcelas, com a consequente ampliação do universo de participantes e do caráter competitivo da licitação, em contrariedade à Súmula/TCU n. 247. A esse respeito, o Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Senac/SP alegou que "*a aquisição de todos os equipamentos por uma única empresa propicia um desconto maior no preço do produto e reduz os custos indiretos, a exemplo do custo de gerenciamento, visto que as reformas ocorrerão no mesmo período*". Não haveria, então, perda de economia da escala. Para a unidade técnica, nos termos da Súmula 247, "*o TCU admite exceção à regra da adjudicação por item, aceitando a contratação global, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo de obras ou a perda de economia de escala*". Todavia, "*há que se considerar que a decisão do administrador em parcelar ou não uma contratação deve ser obrigatoriamente precedida de estudos*

técnicos que justifiquem a decisão mais adequada a ser tomada" e não somente justificações. Na espécie, "*conjuga-se a prestação de serviços de engenharia e a aquisição de equipamentos de ar condicionado, sendo que a ausência de estudos preliminares indicando as possíveis formas de contratação inviabiliza apurar se a forma adotada pelo Senac/SP apresenta-se competitiva e isonômica, além de assegurar que será obtida a proposta mais vantajosa para o ente licitador, princípios norteadores do processo licitatório*". Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, votou por que o Tribunal determinasse, cautelarmente, a suspensão da licitação, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada, de modo a evitar que o prosseguimento irregular do certame acarretasse situações de fato ensejadoras de direitos subjetivos e tumulto na execução do objeto. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão nº 1695/2011-Plenário, TC-015.264/2011-4, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 22.06.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 28 e 29 de junho de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A disponibilidade de pessoal especializado, equipamentos e instalações físicas devem ser exigidos no momento da contratação e não na etapa de qualificação técnica dos licitantes
Representação, com pedido liminar, noticiou ao TCU possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 007/2011, promovido pela Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Amapá – (SAMF/AP), para a contratação de empresa especializada em gestão da informação, ECM (gerenciamento de conteúdo corporativo), tratamento de acervo documental e artefatos digitais com gerenciamento eletrônico de informações, higienização documental química e mecânica, catalogação, conversão textual, controle de qualidade, exportação de imagem e dados, captura de imagem, áudio e vídeo, indexação, taxonomia, tabela de temporalidade, blisterização, integração de artefatos digitais, auditoria em sistema, gestão de ativos digitais com implantação de modelagem de processos, gerenciamento do conhecimento em **software** com guarda de documentos em mídia com **storage**, conversão de todo e qualquer artefato físico para digital, com disponibilização de texto e imagem para consulta, pesquisa, visualização, importação e integração para banco de dados em software de gerenciamento eletrônico de documentos a2, a3, a4 e a0, com assinatura criptografada conforme metodologias definidas no edital e em seus anexos, num quantitativo estimado de 8.106.000 páginas. Ao analisar o edital norteador do certame, a unidade técnica notou a exigência, para o fim de qualificação técnica na licitação, de declaração da disponibilidade de equipamentos, instalações físicas e pessoal especializado, localizados em Macapá/AP. Todavia, ainda para a unidade técnica, "*seria razoável exigir da licitante tão somente uma declaração de que, no momento da contratação, os equipamentos especificados estariam disponíveis em Macapá. Exigir que a empresa possua os referidos equipamentos em Macapá, já por ocasião do certame, limita a competitividade em favor de empresas locais*". Além disso, "*a exigência de instalações físicas apropriadas e específicas da licitante em Macapá/AP também se mostra de extremo rigor, já que a execução dos serviços licitados será realizada na própria sede da SAMF/AP*". Diante disso, por essa e por outras irregularidades, e, por entender presentes os requisitos necessários, a unidade técnica propôs a suspensão cautelar Pregão Eletrônico nº 007/2011, bem como a audiência dos

responsáveis, o que foi acolhido pelo relator e referendado pelo Plenário. ***Decisão monocrática no TC-016.674/2011-1, rel. Min. Valmir Campelo, 29.06.2011***.

Para a pesquisa de preços a ser feita por instituição pública contratante não há exigência legal de que o agente público efetue checagem prévia dos preços a serem praticados entre o futuro contratado e seus fornecedores

Representação trouxe ao conhecimento do Tribunal possíveis irregularidades na contratação pelo Serviço Federal de Processamento de Dados - (SERPRO), por meio de adesão à Ata de Registro de Preços nº 5/2007 da Fundação Alexandre de Gusmão - (Funag/MRE), de empresa privada, para a prestação de serviço de organização de eventos, serviços correlatos e suporte, compreendendo o planejamento operacional, organização, execução, acompanhamento e assessoria de comunicação, abrangendo, ainda, serviços especializados de tradução e revisão de textos, periódicos e livros. Uma dessas irregularidades que levou à oitiva de diversos responsáveis foi a aprovação de projeto básico, contendo pesquisas de preços deficientes, relativas a valores de pastas, **coffee-breaks**, almoços/jantares, culminando em contratação antieconômica, com preços unitários superiores a 111%, 108% e 72%, respectivamente, aos cobrados à contratada por seus fornecedores. Nos argumentos apresentados, os responsáveis ouvidos pelo TCU procuraram demonstrar que, comparativamente aos preços dos outros orçamentos que obtiveram, os valores constantes da ata de registro de preços da Funag foram os menores apresentados. Segundo eles, "*ao aderir àqueles termos, que teriam constituído adjudicação regular, o Serpro teria visado apenas à Ata de Registro e aos preços ali estabelecidos*", independentemente de qual fosse a negociação empreendida entre a empresa contratada e seus fornecedores, tese com a qual discordou o auditor responsável pela instrução do processo, segundo o qual haveria dúvidas quanto à qualidade da pesquisa de preços empreendida. Para ele, apesar de o preço da empresa contratada ter sido inferior ao cotado junto a outras empresas concorrentes, não se poderia olvidar, a partir de informações levantadas junto ao mercado, as grandes diferenças entre os preços praticados pela contratada comparados aos de aquisição junto aos fornecedores. Propôs, então, a rejeição das justificativas apresentadas, bem como aplicação de multa aos responsáveis envolvidos. Todavia, o dirigente da unidade técnica divergiu de tal encaminhamento. Segundo ele, não seria justo apenar com multa os responsáveis, "*uma vez que cumpriram a regulamentação de regência ao proceder a comparação do preço da ata de registro de preços de referência com outros dois ofertados no mercado*". Ainda conforme o dirigente da unidade instrutiva, seria desejável que o Serpro realizasse, tal como a auditora do Tribunal incumbida da instrução do processo, análise crítica dos itens componente da planilha de preços. Entretanto, em regra, não se pode exigir que o agente público responsável pela contratação proceda, como feito na instrução do auditor do TCU, "*essa checagem prévia dos preços praticados entre o futuro contratado e seus fornecedores, sob pena de se inviabilizar o processo de contratação*". No caso concreto, tal fato só teria sido possível porque a análise do Tribunal deu-se **a posteriori**, e a contratada encaminhou tais informações ao TCU. Ao acolher a tese defendida pelo dirigente da unidade técnica, o relator destacou que "*a lei não exige que, durante o processo de contratação, o agente público efetue uma checagem prévia dos preços a serem praticados entre o futuro contratado e seus fornecedores. Interessa à Administração conhecer o preço final (de determinado bem ou serviço que pretende adquirir) que efetivamente é praticado pelas empresas no mercado, para servir de parâmetro ao processo de compra*". Por conseguinte, votou, no ponto, pela improcedência da representação, sendo acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1750/2011-Plenário, TC-021.094/2008-4, rel. Min. Raimundo Carrero, 29.06.2011***.

Contratação para tecnologia da informação: 1 - Aditivos contratuais fundamentados no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993 devem ter por causa fato superveniente à assinatura da avença

Processo de representação versou sobre possíveis irregularidades ocorridas na celebração de termos aditivos aos Contratos nºs 2/2008 e 3/2008, celebrados pelo Departamento de Informática do SUS - (Datasus) do Ministério da Saúde - (MS), para atendimento de necessidades relacionadas à tecnologia da informação – (TI). Uma dessas irregularidades foi a utilização do § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993 como fundamento dos aditivos contratuais, tendo em vista que tal dispositivo refere-se a fatos supervenientes à contratação, sendo que as razões que levaram aos acréscimos de 25% nos valores inicialmente acordados em cada contrato já existiriam à época do aditamento, denotando falta de planejamento. Ouvidos em audiência, os responsáveis alegaram, dentre outros argumentos, que os aditivos contratuais foram firmados em razão da assunção, pelo Datasus, dos serviços de TI dos seis hospitais federais do Rio de Janeiro, a partir de 2008, em razão de nova organização administrativa de instituições ligadas à saúde pública, em âmbito federal. Para eles, o argumento de falta de planejamento não mereceria prosperar, "*uma vez que as decisões foram tomadas com supedâneo*

em fatos novos supervenientes às contratações efetuadas, e que em momento algum o administrador praticou conduta eivada de má-fé ou de vício de qualquer natureza". Todavia, para a auditora incumbida da instrução do processo, haveria, sim, indicativos de falta de planejamento, dado que o término do contrato anterior (Contrato 56/2006), que acobertava os serviços de tecnologia contratados pelo Núcleo Estadual do MS no Rio de Janeiro, era de conhecimento dos responsáveis, não ensejando situação imprevisível ou nova a eles, que demoraram, por exemplo, a criar comissão para elaborar projeto básico para licitar os serviços de TI no Rio de Janeiro. Já o Diretor da unidade técnica do Tribunal ponderou que, além de os contratos em questão terem sido firmados por outra unidade do MS e não pelo Datasus, somente em julho de 2008 os responsáveis pela última instituição assumiram a gestão dos serviços de tecnologia dos hospitais federais no Rio de Janeiro. Ademais, as conturbações na execução do Contrato 56/2006 contribuíram para que o planejamento não fosse o mais adequado. Assim, a absorção do objeto do Contrato nº 56/2006 pelos Contratos nºs 2 e 3/2008, sob a forma de aditivo contratual, teria sido a alternativa encontrada para evitar os riscos derivados de uma possível interrupção dos serviços então em andamento. Para o relator, os fatos descritos nas instruções levadas a efeito no âmbito da unidade técnica atenuaram a responsabilidade dos gestores do Datasus quanto à questionada deficiência no planejamento das contratações, ainda que à época dos aditivos eles já soubessem do prazo de execução do Contrato nº 56/2006. Por isso, ao acolher as justificativas dos responsáveis, votou por que o Tribunal emitisse alerta ao Datasus de que os aditivos contratuais, da maneira em que foram celebrados, em curto prazo após sua celebração, decorreram de deficiências de planejamento, visto que a demanda de projetos não implementados e o fim do Contrato nº 56/2006 já eram de conhecimento do órgão antes da realização do certame, sendo assente no Tribunal que os motivos capazes de ensejar o acréscimo devem ser supervenientes à assinatura do contrato, consignando, ainda, que fosse informada a instituição pública que a reincidência injustificada em tal impropriedade poderia dar ensejo à imposição de sanções aos responsáveis. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedentes citados: Acórdãos nºs 103/2004, do Plenário, 2727/2008, da 1ª Câmara e 5154/2009, da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 1748/2011-Plenário, TC-010.508/2010-4, rel. Min. José Jorge, 29.06.2011***.

Contratação para tecnologia da informação: 2 - Os acordos básicos de cooperação técnica internacional prestada ao Brasil não autorizam que a contraparte externa efetue, no interesse da Administração demandante, o desempenho de atribuições próprias dos órgãos públicos, nas quais não haverá transferência de conhecimento por parte do organismo internacional executor ou em que a assessoria técnica de um ente externo é dispensável, por se tratar de temas e práticas já de domínio público, demandados rotineiramente pela Administração, a exemplo da contratação de bens e serviços de natureza comum, usualmente disponíveis no mercado

Ainda na representação que versou sobre possíveis irregularidades ocorridas na celebração de termos aditivos aos Contratos nºs 2/2008 e 3/2008, celebrados pelo Departamento de Informática do SUS - (Datasus) do Ministério da Saúde - (MS), para atendimento de necessidades relacionadas à tecnologia da informação – (TI), o Tribunal verificou que o MS possuía acordos com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura - (Unesco) e o Programa da Nações Unidas para o Desenvolvimento - (PNUD) para execução de atividades cujos itens eram alegadamente similares aos cobertos pelo Contrato nº 2/2008. Tais serviços não poderiam ser absorvidos em outros contratos de TI em virtude do alto nível de execução, a única alternativa possível seria a absorção dessas atividades nos Contratos nºs 2/2008 e 3/2008, que ainda vigoravam. Todavia, para a unidade técnica, "*o responsável não poderia transferir a execução dos serviços de consultoria para os referidos contratos, pois parte-se da premissa de que tais serviços sejam de cunho excepcional*", tal como previsto em ato normativo emitido pelo Poder Executivo Federal (artigo 9º da Portaria MRE nº 433/2004). Além disso, a proibição explícita constante do § 6º do art. 4º do Decreto Federal nº 5.151/2004 somente permitiria à instituição executora nacional propor a contratação de serviços técnicos de consultoria mediante comprovação prévia de que esses serviços não podem ser desempenhados por seus próprios servidores. Na espécie, não haveria, portanto, comprovação quanto à excepcionalidade dos serviços contratados em substituição às atividades antes realizadas pela Unesco e pelo PNUD, haja vista terem sido estes absorvidos por contratos administrativos de TI. Assim, ainda para a unidade instrutiva, não seria justificável a Administração ter firmado acordos de cooperação com organismos internacionais para serviços que poderiam ser executados por meio de contratos administrativos. Propôs, então, que o TCU alertasse ao Ministério da Saúde quanto ao descabimento de celebração de acordos de cooperação com organismos internacionais para a prestação de serviços que podem ser executados por contratos administrativos, uma vez que a realização do devido processo licitatório constituiria o meio adequado para escolha do prestador de

serviço. Ao acolher a proposta, o relator destacou entendimento firmado pelo Tribunal por intermédio do Acórdão nº 1339/2009-Plenário, em que constou que "*os acordos básicos de cooperação técnica internacional prestada ao Brasil não autorizam que a contraparte externa efetue, no interesse da Administração demandante, o desempenho de atribuições próprias dos órgãos públicos, nas quais não haverá transferência de conhecimento por parte do organismo internacional executor ou em que a assessoria técnica de um ente externo é dispensável, por se tratar de temas e práticas já de domínio público, demandados rotineiramente pela Administração, a exemplo da contratação de bens e serviços de natureza comum, usualmente disponíveis no mercado*". Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1748/2011-Plenário, TC-010.508/2010-4, rel. Min. José Jorge, 29.06.2011***.

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 5 e 6 de julho de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratações públicas: 1 – Licitação com a participação de empresas com sócios em comum e que disputam um mesmo item prejudica a isonomia e a competitividade do certame

Auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, principais instrumentos gerenciadores das licitações e compras no âmbito do Governo Federal. A partir dos procedimentos efetuados, foram identificadas empresas com sócios em comum e que apresentaram propostas para o mesmo item de determinada licitação na modalidade pregão, o que poderia caracterizar, na opinião da unidade técnica, indício de conluio, com o propósito de fraudar o certame. Para ela, “*se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação*”. Como consequência, ainda para

unidade técnica, "*é possível que existam empresas atuando como 'coelho', ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração*". Para minimizar a possibilidade da ocorrência desses conluios, seria recomendável, então, que os pregoeiros e demais servidores responsáveis pela condução dos procedimentos licitatórios, tomassem ciência da composição societária das empresas participantes dos certames, mediante alerta por intermédio do Comprasnet, a partir de modificações no sistema a serem feitas pela SLTI, o que foi sugerido pela unidade técnica ao relator, que acolheu a proposta, a qual foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 1433/2010 e 2143/2007, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011***.

Contratações públicas: 2 - No caso de indícios de fraude à licitação, deve a Administração autuar processo administrativo contra as empresas participantes do esquema fraudulento, com o fim de declará-las inidôneas, sendo que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções aos servidores omissos

Ainda na auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, a unidade técnica detectou a existência de licitantes reiteradamente desclassificadas por não atenderem a exigências dos editais ou por não honrarem suas propostas comerciais. Na espécie, o que se percebeu foi que, recorrentemente, empresas que participaram de pregões, apresentaram lances mínimos, e, ao serem convocadas pelo pregoeiro incumbido da condução do certame para o encaminhamento de documentação de habilitação ou de planilhas ajustadas aos seus lances, desistiram de forma repentina e injustificada. Consoante a unidade técnica, tal conduta inadequada pode estar causando prejuízos à Administração, pois seria possível que algumas empresas tenham apresentado propostas excessivamente baixas, em prática nominada pelo mercado de 'coelho', apenas para que outras empresas que não estejam participando de um eventual conluio desistissem de competir, por verificar que outra licitante teria um preço que não lhes permitiria prosseguir na disputa. Assim, uma empresa que esteja em conluio com o 'coelho' ofereceria o segundo melhor lance e, por consequência, acabaria sendo contratada por um valor desvantajoso para a Administração. Para coibir a prática, a unidade técnica sugeriu, e o relator acolheu, que os gestores públicos fossem alertados sobre a necessidade de autuarem processo administrativo contra as empresas participantes da fraude, com o fim de declará-las inidôneas, deixando claro, ainda, que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções aos servidores omissos, conforme previsão do art. 82 da Lei 8.666/1993. A proposta foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 2143/2007, 785/2008 e 1433/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011***.

Contratações públicas: 3 – Nas licitações para o fim de registro de preços, as instituições que não participaram, inicialmente, do procedimento, os "caronas", devem atentar para os limites contidos no art. 8º, caput e §3º, do Decreto 3.931/2001

Na mesma auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, a unidade técnica também buscou avaliar se os órgãos que utilizam o Siasg, quando efetuam suas compras mediante o Sistema de Registro de Preços (SRP), obedecem às condições estabelecidas pela legislação pertinente, sobretudo analisando se ocorrera extrapolação do limite estabelecido no § 3º do art. 8º do Decreto 3.931/2001. Conforme descrito pela unidade técnica, "*na sistemática de registro de preços, o órgão gerenciador da ata e os demais participantes informam, individualmente, a quantidade do bem ou do serviço a ser adquirida. A soma dessas quantidades é registrada na ata. Por sua vez, o art. 8º, § 3º, do Decreto 3.931/2001 possibilita que os órgãos públicos que inicialmente não participaram do registro de preços ('caronas'), podem adquirir todo o quantitativo registrado na ata, (...). Ainda assim, o 'carona' está restrito a 100% do quantitativo consignado na ata*". Ainda para a unidade técnica, o mandamento infralegal é importante, pois impede que órgãos não participantes, inicialmente, do registro de preços efetuem contratações em quantitativos exorbitantes, sem o prévio planejamento demandado pelo processo licitatório do registro de preço, sendo que "*a não participação desses órgãos durante o processo*

licitatório causa, em regra, o subdimensionamento das quantidades previstas em ata, reduzindo, assim, uma potencial economia com o ganho de escala". Em oitiva promovida pelo TCU, a SLTI/MPOG informou que o sistema não controla as quantidades a serem adquiridas por 'caronas', mas tão só com relação às instituições que participaram originariamente da licitação, para o fim de registro de preço. Nesse contexto, aduziu o órgão que "*com relação às contratações feitas por participantes extraordinários* [caronas], *informamos que cabe ao gerenciador apenas ser consultado para que indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados em relação à Ata de Registro de Preços. O órgão ou entidade que, não havendo participado do processo licitatório, desejar utilizar a Ata, deve obedecer os ditames do art. 8º do Decreto 3.931, de 19 de setembro de 2001, em especial, a regra insculpida no § 3º (...)"*, ou seja, haveria possibilidade de o limite contido no § 3º do art. 8º do Decreto 3.931/2001 estar sendo extrapolado, a depender, por exemplo, do número de caronas que aderissem a um registro de preços realizado, o que restou comprovado, a partir dos procedimentos de auditoria aplicados. Todavia, para a unidade técnica, o argumento da SLTI/MPOG de que a responsabilidade pela contratação obedecer ao limite de 100% é do próprio contratante, seria aceitável, *"vez que não é plausível que o órgão central do Sisg monitore todas as contratações mediante SRP efetuadas por 'caronas'*". No entanto, isso não seria motivo razoável para não serem implementados controles com a finalidade de se evitar a ocorrência dessa irregularidade, tendo em vista que a própria SLTI/MPOG informou que essa crítica já é realizada para as contratações efetivadas pelo órgão gerenciador e pelos demais participantes do registro de preços.Por conseguinte, a unidade apresentou proposta ao relator, que a acatou, de se determinar à SLTI/MPOG, quando se tratar de contratações mediante SRP, que estabeleça meios de evitar tal irregularidade, sem prejuízo de determinar ao órgão, ainda que oriente os gestores dos órgãos integrantes do Sisg a respeitarem os limites previstos no art. 8º, caput e §3º, do Decreto 3.931/2001, o que foi referendado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011***.

Contratações públicas: 4 – É vedada a adesão a ata de registros de preços quando esta se encontra com validade expirada

Ainda por conta da auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, a unidade técnica verificou que em diversas oportunidades contratos administrativos, resultantes de registro de preços, foram celebrados, mesmo com a ata do procedimento já tendo perdido sua validade. Em vista do fato, a unidade instrutiva entendeu que "*não é razoável que sejam feitas adesões a atas de registro de preços após o fim de sua vigência, vez que os preços registrados por meio de licitação específica podem não mais estar compatíveis com aqueles oferecidos no mercado"*. Ainda que o órgão contratante justifique os preços registrados em ata após o fim de sua vigência, isso, conforme a unidade técnica, "*não significa que a contratação continuará sendo vantajosa, pois é possível que a realização de nova licitação permita a obtenção de melhores preços para a Administração do que aqueles anteriormente registrados*". Nesse quadro, com a anuência do relator, propôs que o TCU determinasse à SLTI/MPOG que orientasse aos gestores dos órgãos integrantes do Sisg, quando atuarem como gerenciadores de atas de registro de preço, a não aceitarem a adesão após o fim da vigência das atas, sem prejuízo de ser determinado à instituição que implantasse controles no sistema Siasg, de modo a não permitir a aquisição de bens e serviços oriundos de adesão a registro de preço após o fim da vigência da respectiva ata, o que foi aprovado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011***.

Contratações públicas: 5 - É vedada a adesão de órgão ou entidade federal a ata de registro de preços promovida por órgão ou entidade estadual ou municipal

Na mesma auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, a unidade instrutiva registrou a adesão por instituição federal a atas de registros de preços decorrentes de licitações feitas por instituições de outras esferas federativas. Nesse quadro, após citar divergências doutrinárias a respeito da questão, a unidade técnica consignou existência da orientação normativa 21, da Advocacia Geral da União - (AGU), na qual se posiciona pela impossibilidade da prática, com o que concordou a unidade técnica, que mencionou, ainda, não haver previsão legal nesse sentidoRegistrou-se, ainda, que, em razão de expressa disposição legal (art. 2º da Lei 10.191/2001), seria

possível a estados e municípios aderirem a atas de registro de preços oriundas de licitações promovidas pelo Ministério da Saúde, quando este fosse o responsável pela aquisição, o que não seria o caso, nas situações examinadas. Ademais, ainda conforme a unidade instrutiva, "*a adesão à ata de registro de preço oriunda de órgão estadual, municipal ou distrital pode não atender aos requisitos que o gestor federal obrigatoriamente deveria seguir caso ele optasse por efetuar a compra mediante licitação, sem adesão à referida ata*". Seria, em outros termos, um contorno indevido à publicidade, já que em suas compras as instituições federais têm deveres de publicidade mais amplos do que instituições estaduais e municipais. Em conseqüência, por considerar oportuno, propôs a unidade técnica, com anuência do relator, que o Tribunal determinasse à SLTI/MPOG que orientasse os órgãos integrantes do Sisg acerca da impossibilidade de adesão a atas de registro de preços provenientes de licitações de administração estadual, municipal ou distrital, por falta de amparo legal, o que foi aprovado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011***.

Contratações públicas: 6 – Normas constitucionais expressas (alínea 'a' do inc. I e alínea 'a' do inc. II do art. 54 da Constituição Federal) impedem que Deputados e Senadores, de modo geral, mantenham relações contratuais com entidades da Administração Pública
No intuito de aferir o cumprimento de disposições constitucionais expressas (alínea 'a' do inc. I e alínea 'a' do inc. II do art. 54 da Constituição Federal), a unidade técnica, na auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, executou procedimento para identificar parlamentares, em exercício, que possuíssem significativo vínculo societário (donos de pelo menos 50% das cotas) com empresas contratadas pela Administração Pública Federal, tomando em consideração apenas os parlamentares em exercício, no que identificou infrações à Carta Magna. Nesse contexto, ressaltou que em uma situação um desses parlamentares assinou pessoalmente os termos contratuais durante o exercício do mandato, reforçando a conclusão de ofensa a dispositivos constitucionais. Houve por bem a unidade técnica apresentar proposta de que fosse encaminhada, para as providências cabíveis, ao Ministério Público Eleitoral e à Comissão de Ética da Câmara dos Deputados a relação de deputados federais sócios cotistas de empresas que firmaram, mantiveram ou executaram contratos junto à Administração Pública Federal e exerciam mandatos parlamentares em agosto de 2010 descumprindo as alíneas "a" dos incisos I e II do art. 54 da Constituição Federal de 1988, sem prejuízo de propor também que o TCU expedisse recomendação aos Tribunais Eleitorais, bem como à Câmara e ao Senado, que aperfeiçoem seus procedimentos para verificação do cumprimento dos citados artigos constitucionais, o que foi acatado pelo relator e referendado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 610/2003, do Plenário. ***Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011***.

Contratações públicas: 7 – Para o fim de exame quanto à eventual declaração de inidoneidade anteriormente aplicada a empresa participante de licitação, cabe à Administração Pública, em complemento à consulta dos registros constantes do Sicaf, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - (Ceis)
Também na auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, a unidade responsável pelo processo consignou casos em que empresas declaradas inidôneas foram contratadas por instituições públicas federais. Para chegar a essa conclusão, a unidade técnica se valeu de consulta formulada ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - (Ceis), no qual a Controladoria Geral da União - (CGU) registra, por conta de convênios com estados e municípios, suspensões e declarações de inidoneidade oriundas das três esferas da federação. A opção de se utilizar o Ceis para aplicação do procedimento deveu-se, de acordo com a unidade técnica, pelas deficiências do atual cadastro de ocorrências do Sicaf, uma vez que este último sistema não é compulsoriamente alimentado pelas instituições das demais esferas federativas, e mesmo por algumas entidades federais, desobrigadas de usar o Sicaf. Por conta disso, a unidade técnica, com a concordância do relator, encaminhou proposta de determinação à SLTI/MPOG para que orientasse os gestores dos órgãos integrantes do Sisg acerca da importância de se consultar o Ceis em complementação à consulta do Sicaf, o que foi aprovado pelo

Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 1647/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011***.

Contratações públicas: 8 - Aditivos contratuais firmados em prazo exíguo constituem indício de falta de planejamento

A auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, também analisou os aditivos contratuais realizados nos primeiros 180 dias seguidos à contratação, no que identificou mais de seiscentos casos nessa condição. Para a unidade técnica, "*a prerrogativa de acréscimo contratual, com fulcro no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, não deve ser utilizada de forma a negligenciar o planejamento da contratação, o qual, segundo a mesma Lei e a jurisprudência do TCU, é condição necessária para o início do processo licitatório*". O resultado observado demonstrou, ainda de acordo com a unidade instrutiva, *"que há indício de deficiência no planejamento das contratações da Administração Pública Federal, podendo causar prejuízos à economicidade da licitação, bem como à isonomia entre os licitantes*". Assim, propôs que o Tribunal expedisse determinação à SLTI/MPOG para que orientasse os órgãos integrantes do Sisg a executarem adequadamente o processo de planejamento de suas contratações a fim de bem estimarem os quantitativos de bens e serviços a serem contratados, evitando a necessidade de firmar aditivos com acréscimo de valor em prazo exíguo, no que contou com a anuência do relator e do Plenário. Precedentes citados: Acórdão nºˢ 838/2004, 2094/2004, 117/2006, 304/2006 e 2640/2007, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011***.

Contratações públicas: 9 - Quando da habilitação de microempresa e de empresa de pequeno porte que tenha utilizado a prerrogativa de efetuar lance de desempate, deve ser verificado se o somatório dos valores das ordens bancárias recebidas pela empresa extrapola o faturamento máximo permitido como condição para esse benefício

Noutro procedimento levado a efeito na auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, a unidade técnica buscou verificar ocorrências de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) que utilizaram o benefício previsto no § 2º do art. 44 da Lei Complementar 123/2006 (lance de desempate), mas foram beneficiárias de ordens bancárias em somatório superior ao limite estabelecido pelo art. 3º, inciso II, da mesma LC, no ano anterior (ordens bancárias provenientes do sistema Siafi em montante superior a R$ 2,4 milhões). Os resultados indicaram casos em que, por exemplo, empresas que faturaram mais de 10 milhões reais em 2008 continuaram a usufruir, indevidamente, do benefício da LC 123/2006. Por conseguinte, a unidade instrutiva propôs que o Tribunal determinasse à SLTI/MP a inserção no Comprasnet de controle capaz de identificar, por meio de consultas ao Siafi, empresas em situação fiscal incompatível com o seu real faturamento e que tentem utilizar o benefício previsto no art. 44, § 2º, da LC 123/2006, de forma a impossibilitar a emissão de seu lance de desempate nos certames licitatórios. Além disso, sugeriu a unidade técnica que o TCU recomendasse aos gestores de sistemas de pregão eletrônico (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) que orientassem seus usuários a verificar no Portal da Transparência, quando da habilitação de microempresas e de empresas de pequeno porte que tenham utilizado a prerrogativa de efetuar lance de desempate, se o somatório dos valores das ordens bancárias recebidas pela empresa extrapola o faturamento máximo permitido como condição para esse benefício. As propostas, encampadas pelo relator, foram aprovadas pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdão nº 1028/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011***.

O sigilo quanto a determinadas informações relativas à licitação não pode afastar o direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos no âmbito do TCU

"Sistemática de licitação de sociedade de economia mista (contratante) não prevista no ordenamento jurídico, desguarnecida de razões de interesse social e de motivos objetivos capazes de justificar sua existência e que privilegia o sigilo em detrimento do princípio da publicidade e da transparência, não pode afastar o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte de interessados nos autos (contratados) e, muito menos, obstar a fiscalização por parte do TCU". Foi a esse entendimento a que chegou o TCU ao

apreciar embargos de declaração opostos pela Petróleo Brasileiro S.A. - (Petrobras) contra os itens 1.7.3, 1.8.3 e 1.9.3 do Acórdão nº 1.319/2011, do Plenário. Na etapa processual anterior, o Tribunal deferiu pedido de vista e cópia de diversos elementos constantes dos autos a instituições privadas, interessadas no processo e executoras de contratos nas obras de construção da Refinaria Abreu e Lima, em Recife/PE, o que levou ao descontentamento da embargante, em face de alegado sigilo e confidencialidade das referências de precificação, oriundas das estimativas de custos da Petrobras, incorporadas, em parte, a planilhas preparadas por unidade técnica do Tribunal, para cálculo de sobrepreço. Na sistemática atual da Petrobras, baseada na norma interna PG-12-SL/ECP-001 (estimativas de custos de investimentos), a estatal não revela, nem antes nem após a conclusão do certame licitatório, as estimativas de custos, o que não permite às empresas, sejam licitantes ou contratadas, ter acesso às referências que levaram à formação de tais custos. Todavia, para analisar se estes estavam de acordo com a realidade de mercado, o Tribunal teve de analisar as estimativas feitas pela Petrobras, apondo-as, parcialmente, em planilha eletrônica, que embargante requereu que não fosse divulgada às instituições privadas por ela contratadas para as execuções das obras da Refinaria Abreu e Lima. Todavia, para o relator, "*até que a companhia desenvolva uma tabela de custos referenciais para a área de petróleo, como fez o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes -DNIT com o Sicro, por exemplo, não há outra opção ao TCU que não a utilização das estimativas de custos preparadas pela companhia para a realização de cálculos que se prestam à aferição da conformidade dos preços praticados aos de mercado*". Ou seja, haveria que se dar o mínimo de publicidade com relação às estimativas de custos, sobretudo para que se oportunizasse, na espécie, às instituições privadas, caso desejassem, o contraditório com relação ao sobrepreço apurado pelo TCU, resultantes da comparação entre os custos informados pela Petrobras e aqueles que, na visão do Tribunal, são os custos reais. Isso, inclusive, permitiria que fosse dado vazão ao princípio do contraditório, de espeque constitucional, ainda na forma de ver do relator, o qual ressaltou, ainda, que "*a opção da Petrobras em manter o absoluto sigilo de suas estimativas de custos (referências de precificação), antes do lançamento de suas licitações e após seu encerramento, não tem amparo no ordenamento jurídico vigente*". Portanto, a tese da embargante, quanto aos supostos sigilo e confidencialidade dos dados constantes das planilhas eletrônicas preparadas pela unidade instrutiva do Tribunal e que serviram de base para o cálculo do sobrepreço, não se sustenta, consoante o relator, já que "*as estimativas de custos da Petrobras são sigilosas neste processo e continuarão sendo inacessíveis aos interessados, distintamente das referidas planilhas que, na ótica do controle, não têm dados tão sensíveis – como quer fazer crer a Petrobras – a ponto de não poderem ser repassados aos consórcios executores das obras*". Destarte, no ponto, o relator, com o referendo do Plenário, não acatou a ideia defendida pela estatal nos embargos apresentados. Todavia, de modo a esclarecer o conteúdo da decisão inicial, acolheu, parcialmente, o recurso, para registrar que os documentos que deveriam ser fornecidos às instituições privadas executoras das obras seriam as planilhas elaboradas pelo TCU, com o cálculo do sobrepreço, sendo que as fórmulas relativas às estimativas de custos da companhia deveriam continuar resguardadas por sigilo e não sendo disponibilizadas aos interessados. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1784/2011-Plenário, TC-009.830/2010-3, rel. Min. Min. Ubiratan Aguiar, 06.07.2011***.

A contratação de prestação de serviços de assistência médica para trabalhadores de empresa pública deve ocorrer por intermédio de processo licitatório, excetuadas situações de autogestão

Representação formulada junto a este Tribunal trouxe notícia acerca de suposta ausência de fundamentação legal para a celebração de convênios de reciprocidade entre o Serviço Federal de Processamento de Dados – (Serpro) e a Caixa de Assistência dos funcionários do Banco do Brasil – Cassi, com vistas a disponibilizar aos empregados da instituição pública planos de assistência médica e hospitalar, suas redes convenentes. Para a representante, dentre outros argumentos apresentados por ela apresentados, a firmatura por empresa pública de convênios para ajustes dessa natureza seria ilegal, caracterizando burla ao dever de licitar, dado que, no caso, tratar-se-ia de verdadeira contratação, a demandar licitação. Inicialmente, o relator originário do feito, Ministro Raimundo Carreiro, afastou o argumento de que a Lei nº 8.112/90, em conjunto com os Decretos nºs 4.978/2004 e 5.010/2004, seriam aplicáveis ao caso examinado, uma vez se tratar de planos de assistência médica e hospitalar destinados a empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Não seriam úteis, portanto, precedentes jurisprudenciais do TCU, nos quais fora consignado o entendimento de que convênio de prestação de assistência médica a servidores, por parte de órgão público, só seria possível se celebrado com entidade de autogestão por ele patrocinada, ou, em alternativamente, contratando-se a operadora de plano e seguro privado de assistência à saúde por meio de licitação, na forma prevista na Lei nº 8.666/93. Ao proceder no voto, o relator consignou entender não haver

irregularidade na firmatura de convênio entre as o Serpro e Cassi, pois "*por não se tratar de um contrato que tivesse como escopo estabelecer obrigações de prestação e contraprestação entre partes com vistas a satisfazer interesses divergentes e opostos, os convênios de reciprocidade em questão naturalmente não se enquadram no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93*". Não se trataria também, ainda para o relator originário do feito, de situação enquadrável como inexigibilidade, uma vez não se estar diante do fundamento legal para tanto, argumentos últimos que levaram à discordância do Ministro Ubiratan Aguiar, revisor no processo. Para ele, "*o principal aspecto a ser observado na análise do presente caso é a natureza do objeto que se pretende ver satisfeito com o ajuste celebrado entre o Serpro e a Cassi, qual seja a prestação de serviços de assistência médica. Essa prestação de serviços pode se dar por meio de rede credenciada junto a entidades de autogestão ou contratada por meio de licitação exclusivamente para esse fim*". Após análise das normas expedidas no âmbito da competência regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar – (ANS), entendeu o revisor que não seria o caso de autogestão, tratando-se, portanto, de situação que demandaria a realização do devido processo licitatório. Por conseguinte, votou por que o Tribunal fixasse o prazo de 180 dias para que o Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) rescindisse o convênio de reciprocidade celebrado com a Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil (Cassi), proposta aprovada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºˢ 458/2004, 1563/2007, 2538/2008 e 689/2009, todos do Plenário, ***Acórdão n.º 1780/2011-Plenário, TC-030.583/2007-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, revisor Min. Ubiratan Aguiar, 06.07.2011***.

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 12 e 13 de julho de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

É ilegal a exigência de certificação PBQP-H para o fim de qualificação técnica, a qual, contudo, pode ser utilizada para pontuação técnica

Em auditoria realizada no Departamento Penitenciário Nacional – (Depen), na Caixa Econômica Federal – (CEF) e no Governo do Estado do Acre, o Tribunal detectou indícios de irregularidades na realização da concorrência destinada à contratação da obra de construção da segunda etapa da Penitenciária de Senador Guiomard/AC, dentre elas, a exigência, para o fim de cumprimento de requisito de qualificação técnica por parte das licitantes, de apresentação de certificado que comprovasse a adequação das empresas ao Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat (PBQP-H), Nível B. Para a unidade técnica responsável pelo processo, a exigência em questão, a determinar quem participaria das próximas etapas do certame "*não possui amparo legal e contraria jurisprudência desta Corte, visto que não se enquadra nos quesitos estabelecidos pelos arts. 27 a 33 da Lei n. 8.666/1993*". Destacou, ainda, a partir de jurisprudência anterior do Tribunal, que o *"processo de certificação, tanto da série ISO, como do aqui tratado PBQP-H, envolve a assunção de custos por parte da empresa a ser certificada, tais como os de consultoria e modificação de processos produtivos, o que poderia representar fator impeditivo à participação no Programa ou, pelo menos, restritivo. E não só isso: o próprio tempo necessário para obter a certificação pode configurar obstáculo à participação em licitações, cujos prazos, como se sabe, normalmente são exíguos*". A unidade técnica refutou, ainda, o argumento pelos responsáveis de que a exigência deveria ser admitida, uma vez estar estabelecida no Decreto Estadual 10.176/2004, em que o Estado do Acre aderiu ao PBQP-H e passou a exigir a sua inserção nas licitações de obras da administração direta e indireta estaduais. Mesmo com informação dos gestores estaduais de que existiria acordo entre o Estado do Acre e outras entidades, como a CEF, a Federação das Indústrias do Estado do Acre - (Fieac), o Sindicato da Indústria de Construção Civil do Acre - (Sinduscon) e o Sindicato dos Pequenos e Médios Empreiteiros da Construção Civil - (Sipecon), em que ficou estabelecido, a partir de 2004, que deveria ser exigido das empresas de construção civil o termo de adesão ao PBQP-H, para a unidade técnica, mais uma vez amparada na jurisprudência do TCU, "*a Constituição Federal atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação e, nesse sentido, não pode uma norma estadual estabelecer condições conflitantes com a Lei Federal*". A única possibilidade de exigência de certificação PBQP-H então, ainda consoante a unidade técnica, seria para o fim de pontuação técnica, o que não ocorreu, na espécie. Em face da situação, propôs a audiência do Secretario de Infraestrutura e Obras Públicas do Estado do Acre, para que prestasse

esclarecimentos a respeito deste e de outros fatos. Todavia, o relator manifestou-se contrariamente à oitiva da autoridade estadual quanto a esse assunto, por considerar que a conduta não seria reprovável o suficiente para tanto, uma vez que amparada em norma estadual, levando à presunção de que assim agira em tentativa de manter-se adstrito à ordem jurídica. Contudo, concluiu o relator que a não realização da audiência não descaracterizaria a irregularidade e por essa razão propôs a cientificação da Secretária de Infraestrutura e Obras Públicas do Estado do Acre para que não a repita em licitações futuras. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedentes citados: Acórdãos nos 1107/2006, 1291/2007, 2656/2007, 608/2008, 107/2009, 381/2009, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1832/2011-Plenário, TC-012.583/2011-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 13.07.2011.***

Atividades não relacionadas às específicas dos profissionais de Administração não exigem registro perante o Conselho Profissional da categoria

Representação trouxe ao Tribunal conhecimento quanto a possíveis irregularidades no Pregão 107/2010 realizado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - (TJDFT), cujo objeto consistiu na contratação de empresa especializada em tratamento e gestão de informações arquivísticas, digitalização, geração eletrônica de microfilmes e certificação digital. Para a representante, a empresa vencedora do certame teria violado o edital e dispositivos legais, por não ter apresentado atestado de capacidade técnica certificado pelo Conselho Regional de Administração – (CRA), conforme previsto no art. 30, inciso II c/c parágrafo primeiro, inciso I, da Lei 8.666/93. Todavia, de acordo com a unidade técnica, "*as atividades especificadas no edital como necessárias à execução do objeto contratado estão relacionadas ou à atividade de arquivista (...) ou com a atividade de informática (...), as quais não são específicas dos profissionais de administração e, portanto, não requereriam o referido registro no CRA*". Ao proceder aos seus exames, entendeu o relator que os argumentos apresentados pelo representante não deveriam prosperar, "*primeiro, porque o objeto do referido pregão relacionava-se a atividades de informática, das quais seria indevido exigir atestado de capacidade técnica emitido por conselho de administração, conforme jurisprudência deste Tribunal de Contas e de tribunais judiciários. Segundo, porque a empresa vencedora atendeu a todas as exigências previstas no edital, que não exigiu a apresentação de atestado de capacidade técnica emitido por conselho de administração, e foi aprovada na prova de conceito que teve por objetivo avaliar a capacidade da solução por ela proposta para executar os serviços especificados no edital. Terceiro, porque a empresa representante não apresentou qualquer impugnação ao edital durante o período estabelecido, pelo que teria concordado tacitamente com seu conteúdo*". Por conseguinte, votou pelo não provimento da representação, no que foi acompanhado pelos demais membros do Plenário. ***Acórdão n.º 1841/2011, TC-013.141/2011-2, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 13.07.2011.***

Licitação de obra pública: 1 – Para o fim de cálculo de inexequibilidade de proposta comercial, os critérios estabelecidos na Lei 8.666/1993 não são absolutos, devendo a instituição pública contratante adotar providências com vistas à aferição da viabilidade dos valores ofertados, antes da desclassificação da proponente

Mediante auditoria realizada no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amazonas – (Ifam), com o objetivo de fiscalizar obras do Programa de Trabalho *"Funcionamento da Educação Profissional no Estado do Amazonas"*, o Tribunal identificou possíveis irregularidades, dentre elas, a desclassificação sumária de empresa privada em processo licitatório no qual apresentara preço inferior em cerca de 25% da empresa que fora contratada. Para o relator, o Ifam agira de modo indevido ao desclassificar a empresa que apresentara o menor preço sem lhe conferir oportunidade de comprovar a viabilidade de sua proposta, isso porque "*os critérios elencados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para definir a proposta inexequível apenas conduzem a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços*". Nesse cenário, para o relator, considerando que a empresa desclassificada houvera apresentado a melhor proposta, caberia ao Ifam diligenciar junto a tal pessoa jurídica, "*de modo a comprovar a viabilidade dos valores de sua oferta, de modo que, ao não agir assim, a entidade contratou com preço mais elevado sem justificativa plausível para tanto*". Todavia, deixou de imputar responsabilidade pelo fato ao Diretor do Ifam, por não haver nos autos elementos que vinculassem sua conduta à adoção das medidas requeridas. Ainda para o relator, a lógica por trás disso é que medidas dessa natureza estariam afetas a setores operacionais, a exemplo da comissão de licitação, não competindo esse tipo de atribuição ao nível gerencial da entidade, na qual se insere o dirigente máximo. Assim, no ponto, votou pela não responsabilização do Diretor do Ifam, sem prejuízo que fossem sancionados os servidores diretamente envolvidos com a irregularidade, o que foi

acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1857/2011, TC-009.006/2009-9, rel. Min.-Subst. André Luis de Carvalho, 13.07.2011.***

Licitação de obra pública: 2 – Para a responsabilização de parecerista jurídico em processo licitatório é necessário que se comprove que, na emissão da opinião, houve erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa

Ainda na auditoria realizada no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amazonas – (Ifam), com o objetivo de fiscalizar obras do Programa de Trabalho *"Funcionamento da Educação Profissional no Estado do Amazonas"*, o Tribunal cuidou da responsabilização dos responsáveis pela emissão de parecer jurídico, na licitação que levou à desclassificação sumária de empresa privada em que apresentara preço inferior em cerca de 25% da empresa que fora contratada. No voto, o relator destacou que "*em regra, há responsabilização desse tipo de profissional quando o ato enunciativo por ele praticado contém erro grosseiro ou inescusável com dolo ou culpa*". Todavia, na espécie, observou o relator que o parecer emitido pautara suas considerações a partir de análise objetiva das questões tratadas, em face da realidade local. Na verdade, os pareceristas teriam chamado a atenção da Administração para o que se considerou riscos potenciais, os quais apontavam para a possibilidade de inexequibilidade dos preços, caso em que, consoante o relator, "*caberia à administração a adoção de outras medidas, antes da pronta desclassificação do interessado*". Em face disso, por entender não haver sustentação para a que fossem responsabilizados os servidores que atuaram como pareceristas no certame examinado, o relator isentou tais agentes, sem prejuízo que fossem sancionados os servidores diretamente envolvidos com a irregularidade, o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1857/2011, TC-009.006/2009-9, rel. Min.-Subst. André Luis de Carvalho, 13.07.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 19 e 20 de julho de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratação de serviços de publicidade: 1 - É possível a subcontratação de serviços de publicidade, nas hipóteses previstas na Lei 12.232/2010
Mediante pedido de reexame, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - (BNDES) manifestou seu inconformismo contra o Acórdão nº 355/2006, do Plenário, pelo qual o Tribunal lhe direcionou determinações, em face de irregularidades apuradas em auditoria de conformidade realizada em contratos de publicidade e propaganda. Em oportunidade anterior, o Tribunal houvera determinado ao BNDES que se abstivesse de subcontratar serviços afetos à criação/concepção das ações de publicidade, prática que estaria em contrariedade às disposições da Lei de Licitações (arts. 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993). Após a apresentação dos argumentos por parte do BNDES, o relator destacou que a partir da edição da Lei nº 12.232/2010, que regulamentou a contratação de serviços de publicidade, uma vez que essa norma legal passou a disciplinar as hipóteses de subcontratação por agências de propaganda contratadas por instituições públicas (art. 2º, § 1º, c/c art. 14, caput, da Lei 12.232/2010), deveria ser tornada sem efeito a determinação anterior, já que não mais amoldada ao ordenamento vigente. Assim, ao votar, o relator apresentou proposição nesse sentido, ante a superveniência da lei que atribuiu novos contornos à matéria adversada, o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 1879/2011-Plenário, TC-013.100/2005-4, rel. Min. Augusto Nardes, 20.07.2011.***

Contratação de serviços de publicidade: 2 – Carece de amparo legal a exigência de declaração de compromisso de solidariedade do fabricante do produto como condição para habilitação
Ainda no pedido de reexame em que discordou dos termos do Acórdão nº 355/2006, do Plenário, pelo qual o Tribunal lhe direcionou determinações, em face de irregularidades apuradas em auditoria de conformidade realizada em contratos de publicidade e propaganda, o BNDES questionou a determinação que constou do item 9.2.10.4 do julgado anterior, pelo qual lhe fora determinado que deixasse de exigir declaração de

corresponsabilidade do fabricante do produto ofertado, como condição de habilitação, por falta de amparo legal. Todavia, o relator entendeu não haver razão ao questionamento apresentado, por se tratar de matéria consolidada na jurisprudência do Tribunal, a partir da qual destacou que *"a exigência, como condição de habilitação, de declaração de solidariedade do fabricante do produto, por falta de amparo legal, além de constituir uma cláusula restritiva ao caráter competitivo das licitações desnecessariamente, também não é uma condição indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais*". Para o fim de habilitação em pregões eletrônicos, que foram analisados anteriormente, caberia, ainda para o relator, exigência apenas da documentação prevista no art. 14 do Decreto Federal 5.450/2005, normatizador do assunto na esfera da União. Votou o relator, então, por que o Tribunal, no ponto, negasse provimento ao recurso manejado, no que foi acompanhado pelos demais membros do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos n^os^ 1729/2008 e 2056/2008, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1879/2011-Plenário, TC-013.100/2005-4, rel. Min. Augusto Nardes, 20.07.2011.***

Contratação de serviços ligados à tecnologia da informação: no caso de não parcelamento do objeto, deve-se detalhar os possíveis efetivos impactos decorrentes de tal medida
Representação trouxe ao conhecimento do Tribunal potenciais irregularidades relativas ao Pregão Eletrônico nº 86/2010, da Fundação Universidade do Amazonas - (Ufam), que teve por objeto o registro de preços para eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção e expansão das redes óptica, estruturada, sem fio e de telefonia digital com fornecimento de material e equipamentos adequados para os serviços a serem realizados no campus de Manaus e nos **Campi** de Benjamin Constant, Coari, Humaitá, Itacoatiara e Parintins. Dentre tais irregularidades, foi apontado pela unidade técnica o não parcelamento do objeto da licitação, em afronta à disposição expressa da Lei 8.666/1993 (art. 23, § 1º). Para o relator, a decisão da Ufam de não parcelar seria ofensiva à ordem jurídica, tendo em conta entendimento já sumulado pelo Tribunal (súmula/TCU 247). Todavia, o caso concreto mereceria considerações, tendo em conta suas especificidades. Nesse contexto, destacou o não cumprimento de orientação do TCU a respeito de contratações ligadas à tecnologia, constantes da Nota Técnica nº 1/2008-Sefti/TCU, na qual se averba, dentre outras, a necessidade de exposição de justificativas do parcelamento ou não, bem ainda, no caso de opção por se parcelar o objeto, que se justificasse a utilização de licitações distintas, a adjudicação por itens, a permissão de subcontratação de parte específica do objeto (art. 72 da Lei nº 8.666/93) ou a permissão para formação de consórcios (art. 33 da Lei nº 8.666/93). As informações extemporâneas apresentadas pelo pregoeiro, para o relator, não teriam o condão de atender o entendimento constante da norma do Tribunal. Ainda segundo o relator, argumentos para o não parcelamento dos itens do objeto, tais como *o "agrupamento de diversos itens alcançaria maior economia de escala, permitindo conseguir melhores preços; (...) fracionar os serviços significaria ter que gerenciar diversas empresas, coordená-las, sincronizar cada entrega e dirimir situações de conflito na entrega; (...) O agrupamento em único lote visa somente a assegurar a execução do projeto, dada a sua importância e complexidade. Caso contrário, correria o risco de atraso ou até a não implementação do projeto, em razão da demora na entrega dos equipamentos por parte de alguns fornecedores e problema de incompatibilidade do material entregue"*, não se prestariam a demonstrar o cumprimento da orientação da norma do TCU, e, ademais, "*apontam genericamente para motivos de ordem econômica e técnica sem, entretanto, detalhar os possíveis efetivos impactos decorrentes do não parcelamento*". Entretanto, por entender que o pregoeiro responsável pela condução do certame apenas prestou-se a seguir, ainda que a destempo, as orientações da área técnica da universidade, sendo-lhe improvável questionar o modelo, votou pelo acolhimento das razões de justificativas apresentadas na oitiva do servidor. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1881/2011-Plenário, TC-033.841/2011-1, rel. Min. Augusto Nardes, 20.07.2011.***

Licitação de obra pública: a exigência de apresentação por parte das licitantes do Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção – (PCMAT) só pode ser feita em obras com mais de 20 trabalhadores
Auditoria levada a efeito no Departamento Penitenciário Nacional - Depen, na Caixa Econômica Federal - Caixa e em órgão do Governo do Estado do Rio Grande do Norte teve como objetivo verificar a conformidade da aplicação dos recursos federais na obra de construção da Cadeia Pública da cidade de Ceará Mirim. A partir dos levantamentos feitos pela unidade técnica, o relator observou que das seis empresas participantes da licitação das obras, cinco foram inabilitadas por suposta desobediência à exigência constante do item 5.3.3 do edital da licitação das obras, o qual exigia das empresas licitantes a apresentação, em suas propostas, de plano de trabalho que descrevesse os 'procedimentos de segurança e de prevenção de riscos de

trabalho' aplicáveis à execução da obra. Objetivamente, a inabilitação das cinco empresas ocorrera porque elas apenas haveriam declarado que seguiriam os procedimentos determinados pela NR-18, norma regulamentadora do Ministério do Trabalho e Emprego, que estabelece diretrizes para implementação de medidas de controle e sistemas preventivos de segurança, sem, entretanto, apresentar o Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção – (PCMAT), trazido apenas pela única habilitada, a qual acabou sendo declarada vencedora do certame. Todavia, no voto, o relator do feito destacou que o PCMAT, "*é requisito da NR-18 que deve ser cumprido em obras com mais de 20 trabalhadores*". Não obstante, "*o art. 30, § 8º da Lei de Licitações consigna que a metodologia de execução dos serviços só poderá ser exigida no caso de obras grande vulto - acima de R$ 37,5 milhões - e de alta complexidade técnica*", o que não fora o caso. Por consequência, ainda para o relator, a declaração apresentada pelas licitantes inabilitadas atenderia a exigência editalícia, dado que "*a afirmação de que cumprirão a norma, levada a termo da proposta, constitui garantia de execução que, em caso de descumprimento, poderá ser objeto de sanção, nos termos da lei*". Votou o relator, então, por que fossem promovidas oitivas das Secretarias Estaduais do Governo do Rio Grande do Norte responsáveis pela potencial irregularidade, sem prejuízo, de dar ciência a elas, ainda, da falta de amparo legal do item de habilitação questionado. O Plenário, nos termos do voto do relator, manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1883/2011-Plenário, TC-011.664/2011-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.07.2011.***

Licitação de obra pública: 1 - A exigência de comprovação de capacidade técnica-operacional deve se limitar estritamente às parcelas do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo

Em auditoria realizada no Departamento Penitenciário Nacional – (Depen), na Caixa Econômica Federal – (CEF) e no Governo do Estado do Mato Grosso do Sul, com o objetivo de verificar a conformidade da aplicação de recursos federais em obras públicas de reforma e ampliação do estabelecimento penal masculino de Corumbá/MS, o Tribunal detectou diversas irregularidades, dentre elas, a necessidade de comprovação, por parte das licitantes, da capacitação técnico-operacional, mediante apresentação de atestados, para item de pouca relevância técnica. Para a unidade técnica responsável pelo feito, "*a exigência de comprovação de capacidade técnica-operacional deve se limitar estritamente às parcelas do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo*". No caso em exame, o edital da concorrência 30/2010-CLO exigira atestado de capacidade técnica relativo ao item 'cobertura com telha galvanizada trapezoidal', que não apresentava qualquer relevância ou complexidade técnica com relação ao empreendimento que justificasse a exigência, já que não haveria necessidade de qualquer profissional ou equipamento especial, que não estivesse presente em grande parte das obras de engenharia. Além disso, "*empresas construtoras que já executaram coberturas com telhas de fibrocimento, ou ainda com telhas cerâmicas, possuem plena capacidade técnica para construir telhados com telhas galvanizadas, não sendo razoável exigir um tipo de telhamento específico*". Destacou a unidade técnica, ainda, que a discricionariedade dada à Administração para juízo de valor quanto ao que seria relevante, para fins de comprovação de capacidade técnica, não dispensaria razoabilidade na escolha dos itens de referência, pelo que a exigência, na espécie, deveria ser considerada indevida, o que foi acolhido pelo relator, o qual votou por que o Tribunal desse ciência da irregularidade ao Governo do Estado do Mato Grosso do sul, sem prejuízo de que fosse promovida a audiência do servidor responsável pelo fato, no que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 1898/2011-Plenário, TC-011.782/2011-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.07.2011.***

Licitação de obra pública: 2 – É possível a apresentação de contratos de prestação de serviço, para o fim de comprovação de vínculo profissional dos responsáveis técnicos com empresa participante da licitação

Ainda na auditoria realizada no Departamento Penitenciário Nacional – (Depen), na Caixa Econômica Federal – (CEF) e no Governo do Estado do Mato Grosso do Sul, com o objetivo verificar a conformidade da aplicação de recursos federais em obras públicas de reforma e ampliação do estabelecimento penal masculino de Corumbá/MS, outra irregularidade percebida pelo Tribunal fora a não aceitação de contratos de prestação de serviço, para a comprovação de vínculo profissional dos responsáveis técnicos. A esse respeito a unidade técnica apontou que tal fato poderia acabar por restringir o acesso de interessados ao certame, já que muitas empresas manteriam vínculo com seus profissionais de nível superior justamente por meio de contratos de prestação de serviços. Não seria plausível a restrição, portanto, pois o importante seria que "*o profissional esteja em condições de desempenhar seus trabalhos de forma efetiva no momento da execução*

contratual. Sendo assim, o contrato de prestação de serviços regido pela legislação civil comum se revela suficiente para a Administração Pública". Ao acolher as considerações, o relator votou por que o Tribunal desse ciência da irregularidade ao Governo do Estado do Mato Grosso do sul, sem prejuízo de que fosse promovida a audiência do servidor responsável pelo fato, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos n^os^ 381/2009 e 73/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 1898/2011-Plenário, TC-011.782/2011-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.07.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 26 e 27 de julho de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

PLENÁRIO

Licitação sob a modalidade pregão: 1 - As informações demandadas nos atestados a serem apresentados por licitantes, para o fim de comprovação de capacidade técnica, devem ser dotadas de clareza, sendo que, no caso de dúvidas, cabe ao gestor público valer-se da faculdade contida no § 3º art. 43 da Lei 8.666/1993, promovendo diligências, para saneamento dos fatos, se necessário

Representação formulada ao Tribunal em face do Pregão Eletrônico nº 26/2010, promovido pela Companhia Energética de Alagoas - (Ceal) para a contratação de empresa especializada em gestão, operação, administração, projeto, implementação, implantação, treinamento, suporte técnico e operacional para atendimento de consumidores e cidadãos em geral, com cobertura de todas as áreas de concessão das Empresas de Distribuição da Eletrobrás (EDEs), mediante o fornecimento de teleatendimento ativo e receptivo (**call center**), na forma humana e eletrônica, disponibilizando instalações físicas, mobiliário, pessoal, treinamento, telefonia, equipamentos, aplicativos (**hardware e software**) e os demais recursos necessários à prestação dos serviços. Dentre as potenciais irregularidades, averiguou-se a inabilitação de empresa participante do certame, em razão de não ter supostamente apresentado atestado ou certidão de capacidade operacional, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, e no qual deveria estar comprovado que a licitante desempenha (ou desempenhou) para essas pessoas jurídicas, de forma satisfatória, serviços de natureza e vulto compatíveis em características com o objeto desta licitação, qual seja, a execução de serviços especializados de teleatendimento receptivo, abrangendo todos os recursos

necessários a sua operacionalização, inclusive instalações físicas, infraestrutura, rede interna, linhas telefônicas, linhas de comunicação para voz, circuitos para interligação das redes, adequações ambientais, equipamentos, aplicativos, **softwares** básicos e mobiliário, para uma operação, de no mínimo, 300 Postos de Atendimento – (PA). De acordo com a empresa inabilitada, o atestado por ela apresentado registrou que em determinada oportunidade disponibilizara a uma entidade pública 315 PA, e, portanto, não deveria ter sido inabilitada. Todavia, a CEAL entendeu que a exigência diria respeito a 300 PAS ofertados simultaneamente, ou seja, em célula única, com o compartilhamento dos diversos recursos necessários a sua operacionalização, tais como instalações físicas, redes internas, softwares e outros. Todavia, para o relator, faltaria clareza ao edital quanto a esse aspecto, pois não trazia nenhuma expressão semelhante à "operação simultânea", mas tão-somente "operação". Mesmo admitindo, ainda consoante o relator, "*que fosse necessária a comprovação da operação simultânea dos 315 PA em uma única instalação física para a aferição da capacidade técnica, não é possível afirmar que isso não ocorreu a partir do que está escrito no atestado em questão*". Nesse ponto haveria, destarte, inferência por parte da CEAL baseada em interpretação restritiva do texto do atestado. Destacou o relator que "*se havia dúvidas a respeito do conteúdo do atestado, caberia ao gestor, zeloso, recorrer ao permissivo contido no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 e efetuar diligência à (...) para esclarecê-las, providência que não foi tomada*." Indevida, portanto, na forma de ver do relator, a inabilitação da empresa, o que levou-o a votar por que se determinasse à CEAL que adotasse as providências necessárias no sentido de tornar nulos os atos administrativos que inabilitaram e desclassificaram a proposta da empresa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2521/2003, Plenário. ***Acórdão n.º 1924/2011-Plenário, TC-000.312/2011-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 27.07.2011.***

Licitação sob a modalidade pregão: 2 – A exigência de aposição de Declaração de Habilitação Profissional nos documentos contábeis das licitantes é indevida

Ainda na representação formulada ao Tribunal em face do Pregão Eletrônico nº 26/2010, promovido pela Companhia Energética de Alagoas - (Ceal), constatou-se a inabilitação de empresa privada, em razão do não atendimento do item 7.12.4 do edital do certame, que exigia que diversos índices contábeis a serem informados pelas licitantes fossem devidamente confirmados pelo responsável por sua contabilidade, mediante sua assinatura, a constar, ainda, a indicação do nome e do número de registro do profissional no Conselho Regional de Contabilidade – (CRC), comprovando com o selo de Habilitação Profissional. Quanto a essa questão, a CEAL argumentou que a exigência não seria excessiva, "*por garantir a idoneidade do participante e por ser possível a obtenção da Declaração de Habilitação Profissional (DHP) por qualquer profissional de contabilidade junto ao CRC de sua inscrição*". Todavia, para o relator, a jurisprudência do TCU seria clara quanto à impertinência da exigência de aposição de DHP nos documentos contábeis das licitantes, entendimento corroborado, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal. Indevida, portanto, na forma de ver do relator, a inabilitação da empresa também sob este aspecto, o que o levou a votar por que se determinasse à CEAL que adotasse as providências necessárias no sentido de tornar nulos os atos administrativos que inabilitaram e desclassificaram a proposta da empresa, sem prejuízo de propor, ainda, que tal item não fosse mais incluído no edital, no caso de retomada do Pregão Eletrônico nº 26/2010. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1924/2011-Plenário, TC-000.312/2011-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 27.07.2011.***

Concorrência pública para a contratação de serviços e fornecimento de materiais: 1 - A exigência de número mínimo de atestados de capacidade técnica em processo licitatório é inadmissível, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, ocasião em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo do certame

Representação noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no edital da Concorrência nº 002/2011, realizada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – (Senac-DR/ES), e cujo objeto consistiu na contratação de empresa para prestação de serviços e fornecimento de todo o material para a reforma e ampliação dos Blocos A, B e C do prédio localizado na cidade de Vitória – ES. Dentre tais irregularidades, constou a exigência de apresentação de, no mínimo, dois atestados da capacidade por parte das empresas participantes da licitação, para o fim de comprovação de requisito de qualificação técnica, na fase de habilitação do certame. Para a unidade técnica, no caso concreto, "*não foi justificada a necessidade da apresentação de 2 (dois) atestados, não tendo sido demonstrado no que isso contribuiria para uma melhor execução do objeto contratual, razão por que essa exigência deve ser considerada restritiva*". A exigência de mais de um atestado de capacidade técnica, ainda para a unidade instrutiva, só seria admissível caso fosse necessário à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade

do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público, o que não restara demonstrado. Nesse contexto, citando jurisprudência anterior do TCU, o relator destacou que "*o estabelecimento de uma quantidade mínima e/ou certa de atestados fere o preceito constitucional da isonomia porque desiguala injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Como dizer que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois? Ora, a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe. Garantida a capacitação por meio de um atestado, não vejo como a Administração exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais*". Por conseguinte, o relator, ao concordar com a unidade técnica, votou, e o Plenário aprovou, por que o Tribunal determinasse ao Senac-DR/ES que se abstivesse de estabelecer número mínimo de atestados de capacidade técnica, "*a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação*". Votou o relator, ainda, pela fixação de prazo para que o Senac-DR/ES adotasse as devidas medidas, com vistas à anulação do certame, o que também foi aprovado pelos demais membros do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 3157/2004, da 1ª Câmara e 124/2002, 1937/2003, 1341/2006, 2143/2007, 1.557/2009 e 534/2011, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1948/2011-Plenário, TC-005.929/2011-3, rel. Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.07.2011.***

Concorrência pública para a contratação de serviços e fornecimento de materiais: 2 – A realização de vistoria técnica não deve estar limitada a um único dia e horário

Ainda na representação que noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no edital da Concorrência nº 002/2011, realizada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – (Senac-DR/ES), tratou-se da necessidade de realização de visita técnica por parte das licitantes, em horário pré-determinado pelo Senac-DR/ES, ou, a critério da entidade, e a depender de sua disponibilidade, em data e hora alternativos. Promovida a oitiva do Senac-DR/ES, foi informado pela entidade que "*a prévia definição de data e horário* [para a realização da visita técnica] *visa a minimizar os custos com referido procedimento, além possibilitar uma economia de tempo aos funcionários destacados a acompanhar referido ato*". No entanto, para o Senac-DR/ES, "*o edital não impede a realização da visita em horário e data diferente da anteriormente definida*", e não constituiria, por consequência, irregularidade. A unidade técnica, inicialmente, registrou a divergência jurisprudencial havida no Tribunal a respeito da necessidade de visita técnica por parte de licitantes: para uma linha, seria abusiva a necessidade de visita técnica, "*porquanto a declaração do licitante de que tem pleno conhecimento das condições de prestação dos serviços bastaria à Administração como prevenção contra possíveis alegações futuras da impossibilidade de execução do contrato, com o quê as consequências de vistoriar ou não o local da obra faria parte da álea ordinária do fornecedor*"; para outra tendência jurisprudencial, seria admissível a exigência de visita técnica, "*desde que não venha acompanhada de condicionantes que resultem em ônus desnecessário às proponentes, restringindo indevidamente a competitividade, como parece ser o caso da fixação de dia e hora pré-determinados*". Em seguida, apontou a unidade responsável pelo feito possíveis implicações para a visita técnica em horário pré-determinado: ônus indevido às interessadas, porque lhes cercearia o direito de definir o melhor momento para o cumprimento da obrigação; antagonismo com diversos julgados do Tribunal (*v.g.* nos Acórdãos nos 1.332/2006, 1631/2007 e 326/2010, todos do Plenário); potencialização da possibilidade de formação de concertos prévios entre os pretensos licitantes, haja vista a fixação de visita ao local das obras de dia e hora certos, dentre outras. Ao examinar ao assunto, o relator consignou em seu voto que, conquanto não considerasse abusiva a necessidade de vistoria por parte das licitantes interessadas, no caso concreto poderia ter ocorrido restrição desnecessária à competição do procedimento licitatório, em face das consequências decorrentes da exigência. Votou, então, por que se determinasse ao Senac-DR/ES que, em suas futuras licitações, deixasse de limitar a realização de vistoria técnica a um único dia e horário, sem prejuízo de propor a fixação de prazo para que entidade adotasse as devidas medidas, com vistas à anulação do certame, o que foi aprovado pelos demais membros do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 2028/2006-1ª Câmara, 1450/2009-2ª Câmara, e 874/2007, 2477/2009, 2583/2010 e 3197/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1948/2011-Plenário, TC-005.929/2011-3, rel. Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.07.2011.***

Concorrência pública para a contratação de serviços e fornecimento de materiais: 3 - Em se tratando de regime de empreitada por preço global, é necessária a disponibilização por parte da instituição contratante de cronograma físico-financeiro detalhado, no qual estejam definidas as etapas/fases da obra a executar e os serviços/atividades que as compõem

Na mesma representação que noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no edital da Concorrência nº 002/2011, realizada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – (Senac-DR/ES), analisou-se a não elaboração prévia do cronograma físico-financeiro, transferindo-se a responsabilidade por sua confecção à proponente, que deveria apresentá-lo por ocasião da proposta comercial. Nos argumentos apresentados a partir de sua oitiva, o Senac-DR/ES entendeu não haver qualquer irregularidade na situação, com a ausência de prévia elaboração do cronograma físico-financeiro, pois "*qualquer pagamento somente será autorizado a partir das medições realizadas pela fiscalização da obra*", tal qual estabelecido em cláusulas constantes do instrumento convocatório do certame, bem como no contrato consequencial. Todavia, a unidade técnica discordou do afirmado, pois, para ela, o cronograma físico-financeiro "*se presta a refletir o ritmo com que a Administração pretende ver desenvolvida a obra, consideradas suas especificidades e de acordo com as disponibilidades orçamentárias e financeiras existentes, servindo de norte para a formulação das propostas pelos licitantes*". Assim, as previsões editalícias e contratuais não supririam a elaboração do documento por parte do Senac-DR/ES, sendo que a ausência de disponibilização do cronograma, o que deveria ocorrer já no momento da publicação da licitação, em anexo próprio, "*permite que as propostas apresentadas destoem da realidade orçamentário-financeira da entidade, o que pode vir a gerar eventuais desequilíbrios contratuais. E mais: ao deixar a cargo das proponentes a sua elaboração, fere o princípio da isonomia, pois o montante a ser auferido e o momento da percepção desse valor tem inequívoca repercussão nos preços ofertados (a mensuração do quanto e do quando receber impacta na proposta)*". Para o relator, assistiria razão à unidade técnica, considerando-se, ainda, precedente da jurisprudência do Tribunal. Para ele, "*o cronograma físico-financeiro impacta diretamente na definição dos custos da obra, estando intrinsecamente ligado ao respectivo projeto básico. Por essa razão, trata-se de item que, em situações como a que se examina – na qual foi adotado o regime de execução de empreitada por preço global – deve ser elaborado previamente à licitação, não podendo ficar exclusivamente a cargo dos proponentes*". Votou, em consequência, pela fixação de prazo para que a entidade adotasse as devidas medidas, com vistas à anulação do certame, sem prejuízo de propor que fosse determinado ao Senac-DR/ES que, em suas futuras licitações, elaborasse, em se tratando de regime de empreitada por preço global, cronograma físico-financeiro detalhado, no qual estejam definidas as etapas/fases da obra a executar e os serviços/atividades que as compõem, e utilize esse instrumento para controle da execução dos serviços e apuração da remuneração devida ao contratado, o que foi aprovado pelos demais membros do Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 534/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 1948/2011-Plenário, TC-005.929/2011-3, rel. Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.07.2011.***

A seleção da instituição financeira à qual será concedida exclusividade para a prestação dos serviços de pagamento de remunerações a servidores deverá ser feita por meio de licitação, sendo que o potencial benefício econômico inerente à incorporação dos servidores à base de clientes do banco deve ser previamente estimado pela administração, para balizar o procedimento licitatório

Por intermédio de representação, o TCU analisou a determinação feita pelo Tribunal Regional do Trabalho - 15ª Região - (TRT15), aos servidores e pensionistas de seu quadro de abertura e manutenção de conta corrente junto à Caixa Econômica Federal – (CEF) ou Banco do Brasil – (BB), para percepção das respectivas remunerações. Nesse contexto, as duas instituições bancárias, escolhidas sem procedimento licitatório, deveriam, em contrapartida, custear o aluguel mensal da sede do TRT15. Para a unidade técnica, não haveria irregularidade no fato, apesar da inexistência de norma legal que servisse de subsídio à situação. No voto, o relator, após destacar a complexidade da matéria, registrou que a questão, no mérito, "*remete ao dilema entre o direito de os servidores escolherem a instituição bancária que melhor lhes aprouver para o recebimento da remuneração e a possibilidade de o órgão conceder a exclusividade do serviço de pagamento de salários a instituições bancárias específicas, tendo em vista dificuldades operacionais para viabilizar a livre escolha dos servidores*". Citando Recurso em Mandado de Segurança nº 27.428 - GO apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que aquela corte debateu a legalidade do procedimento de determinação a servidores públicos de abertura de conta corrente em instituição financeira pré-determinada por parte da Administração, consignou o relator que "*a liberdade de escolha da instituição bancária que o servidor receberá sua remuneração não pode se contrapor ao princípio da eficiência, que exige do Administrador soluções que alcancem os resultados almejados do modo menos oneroso ao aparelho estatal*". Assim, para o relator, "*a prerrogativa de o órgão predeterminar a instituição financeira encarregada de prestar os serviços de pagamento de remuneração, e, por conseguinte, restringindo a opção dos servidores sobre a instituição em que desejam recebê-la, vincula-se à demonstração de que seria operacionalmente inviável, ou pelo menos ineficiente, facultar a seus servidores a escolha do banco de sua*

preferência". E quando a hipótese restasse configurada, ainda consoante o relator, "*a seleção da instituição financeira à qual será concedida a exclusividade para a prestação dos serviços de pagamento de salários e similares deverá ser feita por meio de licitação, e o potencial benefício econômico inerente à incorporação dos servidores à base de clientes do banco deve ser previamente estimado pela administração para balizar o procedimento licitatório*". Votou, então, por que o Tribunal determinasse ao TRT15 que promovesse a licitação para a referida contratação, se assim fosse necessário, a partir de conclusões a serem obtidas em face de estudos que demonstrassem ser operacionalmente inviável, ou economicamente ineficiente, possibilitar a seus servidores a livre escolha da instituição em que desejassem receber a remuneração, caso em que o procedimento licitatório deveria ser precedido das necessárias avaliações do potencial benefício econômico a ser auferido pela instituição que vier a ser selecionada, tendo em conta a incorporação dos servidores à sua clientela. O Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 1952/2011-Plenário, TC-010.882/2009-7, rel. Min.-Subst. Weder de Oliveira, 27.07.2011.***

A exigência de apresentação de certidões negativas de débitos salariais e de infrações trabalhistas junto à Delegacia Regional do Trabalho é indevida

Representação trouxe ao conhecimento do Tribunal possíveis irregularidades no Pregão 016/2011, realizado pelo 1º Batalhão de Engenharia de Construção – (1º BEC), objetivando a contratação de serviço de locação de viaturas para atender demandas referentes à obra de construção do novo complexo aeroportuário da grande Natal e à obra de duplicação do corredor nordeste da BR-l01/RN (lote 1). Dentre tais irregularidades, constou a exigência de apresentação de certidões negativas de débitos salariais e de infrações trabalhistas junto à Delegacia Regional do Trabalho – (DRT), o que seria descabido, na forma de ver da representante, com o que concordou a unidade técnica responsável pelo feito, na linha da jurisprudência do Tribunal. Consignou a unidade instrutiva, ainda, que tampouco a edição da Lei 12.440, que alterou o art. 27 e 29 da Lei 8.666/1993, incluindo a apresentação de documentação relativa à regularidade trabalhista, serviria para amparar a exigência preconizada no edital, dado que a norma em questão estabeleceu que a prova de inexistência de débitos inadimplidos deveria ser buscada junto à justiça trabalhista, mediante a apresentação de certidão negativa, e não junto à DRT da sede da licitante, como previsto no edital examinado. Aditou a unidade técnica que a lei ainda não se encontra em vigência, o que deverá acontecer em 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação. Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, propôs ao relator que o Pregão 016/2011 fosse cautelarmente suspenso, sem prejuízo de sugerir, ainda, a oitiva dos responsáveis envolvidos, o que foi acolhido pelo relator e aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão 667/2006, do Plenário, e 434/2010, da 2ª Câmara. ***Decisão monocrática no TC-019.450/2011-7, rel. Min.-Subst. Weder de Oliveira, 27.07.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 2 e 3 de agosto de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Licitação para contratação de bens e serviços: 1 – Em licitações sob a modalidade convite é irregular a participação de empresas com sócios em comum

A partir de tomadas de contas anuais do Terceiro Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego - (Cindacta III), referentes aos exercícios de 2003 e 2004, julgadas anteriormente regulares e regulares com ressalva, respectivamente, o TCU analisou recursos de revisão interpostos pelo Ministério Público junto ao Tribunal – (MP/TCU) contra as deliberações antecedentes, tendo em vista fatos apontados em processo originário de representação formulada pelo Departamento de Polícia Federal. Nesse quadro, foram consideradas lesivas à ordem jurídica a adjudicação e a homologação de certames licitatórios, na modalidade convite, para a prestação de serviços ou para a aquisição de bens por parte do Cindacta III, com menos de três propostas de preços válidas e independentes entre si. A ausência de independência das propostas, no ponto de vista do relator, seria perceptível, ante a imbricada rede de relacionamentos, inclusive de parentescos familiares, entre representantes legais de empresas participantes de licitações realizadas pelo Cindacta III, sob a modalidade convite. A esse respeito, o relator consignou em seu voto a ocorrência de, senão má-fé, no mínimo grave omissão e falta de zelo por parte dos gestores responsáveis pelas contratações. Anotou, ainda, com base em decisões anteriores do Tribunal, entendimento no sentido de considerar *“irregular a participação de empresas com sócios em comum quando da realização de convites”*. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo da aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 161/1998 – 1ª Câmara e 297/2009 e 1.793/2009, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2003/2011-Plenário, TC-008.284/2005-9, rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2011.***

Licitação para contratação de bens e serviços: 2 – As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o formalismo desnecessário

Ainda nas tomadas de contas anuais do Terceiro Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego - (Cindacta III), referentes aos exercícios de 2003 e 2004, julgadas pelo TCU, respectivamente, regulares e

regulares com ressalva, outra irregularidade apurada foi a inabilitação de uma empresa em uma licitação por não ter acrescido à declaração exigida pelo inciso V do artigo 27 da Lei 8.666/1993 a expressão "exceto na condição de menor aprendiz". Ao examinar o assunto, a unidade técnica considerou que a inabilitação, pela razão apontada, denotaria excesso de rigor formal, pois a declaração da empresa eliminada afirmava não haver menores trabalhando em seus quadros. Assim, ainda para a unidade responsável pelo processo, *"a partir dessa declaração, o gestor público somente poderia concluir pela inexistência de menores aprendizes. Afinal, menores aprendizes são menores. E como havia sido informada a inexistência de menores trabalhando, não era razoável se depreender que a empresa empregasse menores aprendizes"*. Caberia, no máximo, por parte da instituição promotora da licitação *"promover diligência destinada a esclarecer a questão, indagando da empresa a utilização ou não de menores aprendizes",* o que não configuraria irregularidade, qualquer que fosse a resposta obtida. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo de aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 7334/2009 – 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 2003/2011-Plenário, TC-008.284/2005-9, rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2011.***

É imprescindível o exame do conteúdo de recurso administrativo intentado em desfavor de processo licitatório, sendo o responsável que desconsidera os argumentos apresentados sujeito às sanções requeridas

Mediante auditoria, o Tribunal averiguou a regularidade na aplicação de recursos federais repassados a municípios goianos mediante transferências voluntárias, verificando que, a partir de levantamentos realizados em Cristalina/GO, em uma tomada de preços efetuada para a construção de escolas, na qual duas empresas foram habilitadas, uma delas, qualificada como microempresa, beneficiou-se da disposição constante dos arts. 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006 – LC 123/2006, que lhe garantiria a oportunidade de refazer sua proposta, uma vez que esta não fora superior em mais que 10% do valor da apresentada pela 1ª colocada provisoriamente no certame, situação que a LC 123/2006 equipara a empate. A empresa não atendida com o benefício de refazimento da proposta, não enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, todavia, recorrera da decisão, alegando que o edital do certame não fazia menção à possibilidade de que houvesse favorecimento à microempresa como critério de desempate, conforme expressa exigência do art. 10 do Decreto 6.204/2007, que regulamentou a LC 123/2006, em âmbito federal. Todavia, para a unidade técnica, "*em completo alheamento à existência do recurso, o objeto licitado foi adjudicado à empresa (...), o que resultou na sua contratação*". Promovida a audiência dos agentes públicos envolvidos, a unidade técnica concluiu que os membros da comissão de licitação e o assessor jurídico que teriam se envolvido na adjudicação irregular deveriam ser excluídos de responsabilização, pois não haveria nos documentos examinados nada que levasse à conclusão de que tais servidores estivessem diretamente envolvidos com os fatos. Entretanto, para o relator, o mesmo não poderia ser dito com relação ao Prefeito do município à época, que assinara a contratação da obra, sem considerar a existência de recurso interposto. Por conseguinte, com relação a esta última autoridade, votou por que lhe fosse aplicada multa, em face da irregularidade, no que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 2026/2011-Plenário, TC-023.930/2009-0, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 03.08.2011.***

SEGUNDA CÂMARA

É dever do gestor verificar a aceitabilidade de custos indiretos, mesmo em licitações por preço global

"*É dever do gestor verificar a aceitabilidade de custos indiretos, mesmo em licitações por preço global*". Foi a esse entendimento a que chegou o Tribunal, ao apreciar tomada de contas especial instaurada em decorrência de irregularidades na contratação pela Petróleo Brasileiro S/A – (Petrobras), de serviços técnicos de engenharia, consultoria, planejamento, controle de custos e apoio técnico, a partir do convite 522.8.008.03-6, resultante no contrato 522.2.012.03-4. Na espécie, diversos itens foram inseridos na composição dos custos indiretos pela empresa contratada pela estatal, dentre eles, rubrica referente a "fundo previdenciário jurídico". Ouvida a respeito, a empresa contratada alegou que tal item inserido em seus custos indiretos decorreria, basicamente, dos custos de eventuais ações trabalhistas originadas da execução do contrato firmado com a Petrobras. Salientou, ainda, não se tratar de item destinado a cobrir pendências futuras entre a empresa e seus empregados, mas sim em razão da observância, pela contratada, das cláusulas contratuais estipuladas pela Petrobras para a subcontratação dos serviços junto a pessoas jurídicas, cláusulas estas que levariam à possibilidade de reconhecimento judicial de vínculo empregatício dos subcontratados

junto à contratada, por conta da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, situações não raras, em seu entendimento, e que trariam como consequência a condenação da contratada ao pagamento de verbas correspondentes a contratos firmados com pessoas físicas, com base na Consolidação das Leis do Trabalho – (CLT). Ou seja, em face das cláusulas constantes do contrato firmado com a Petrobras, referentes à subcontratação, a empresa enfrentaria ações na Justiça do Trabalho que podem onerar seu orçamento, o que a obrigaria a contingenciar a expectativa de tais gastos como custos indiretos. Todavia, os argumentos foram refutados pela unidade técnica responsável pelo feito, para a qual, a subcontração, se realizada corretamente, não geraria pendências ou perdas trabalhistas. Não poderia, portanto, a empresa transferir para o demonstrativo de formação de preços, a título de custos indiretos, os encargos referentes aos riscos decorrentes do descumprimento da legislação, seja comercial, seja trabalhista ou qualquer outra. Em sua análise, o relator, acolhendo as manifestações da unidade técnica, destacou entendimentos anteriores do Tribunal, nos quais se registrou que caberia ao gestor "*verificar a aceitabilidade dos custos indiretos, mesmo em contratações por preço global*", como no caso analisado. Votou, por consequência, pela rejeição das alegações de defesa, bem como pela irregularidade das contas, sem prejuízo da aplicação de multa aos responsáveis envolvidos, o que foi aprovado pela 2ª Câmara. Precedentes citados: Acórdãos nºˢ 159/2003 e 1.684/2003 – Plenário. ***Acórdão n.º 5457/2011-2ª Câmara, TC-009.380/2008-4, rel. Min. Aroldo Cedraz, 02.08.2011.***

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

PERÍODO DE 1º A 07 DE AGOSTO

Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011
Institui o Regime Diferenciado de Contratações – (RDC), dentre outros assuntos.

Decreto 7.546, de 02 de agosto de 2011
Regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas.

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 9 e 10 de agosto de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Pregão para contratação de serviços: por constituir presunção relativa, suposta inexequibilidade de proposta comercial de licitante não autoriza imediata desclassificação, excetuando-se situação extremas nas quais a Administração Pública se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero

Representação trouxe ao conhecimento do Tribunal potenciais irregularidades no edital do Pregão Eletrônico nº 9/2011, conduzido pelo Ministério da Previdência Social – (MPS), no qual objetivou contratar empresa especializada na prestação de serviços de organização de eventos, incluindo as atividades de operacionalização, execução, acompanhamento e finalização dos mesmos, com abrangência nacional, em regime de empreitada por preço unitário. Para o relator, a controvérsia principal trazida aos autos cingiu-se à regra editalícia que levaria à desclassificação das propostas que apresentassem desconto superior a 30% do orçamento elaborado pelo Ministério da Previdência Social. Consoante o relator, após revisão do arcabouço legal das normas regentes do assunto, não haveria nenhum dispositivo que autorizaria o estabelecimento de critério de aceitabilidade de preço mínimo para o caso de serviços comuns. Todavia, a Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (IN/SLTI nº 2/2008) trataria da questão em seu art. 29, a qual deveria, então, ser interpretada a

partir dos dispositivos legais de referência (inc. X do art. 40, § 3º do art. 44 e inc. II do art. 48, todos da Lei 8.666/1993). Nesse quadro, consignou que, apesar de o § 5º do art. 29 da IN/SLTI nº 2/2008 dar possibilidade de desclassificação imediata de propostas a partir da ocorrência das condições lá estabelecidas, "*em licitação para contratação de serviços comuns, como é o caso, a Lei de Licitações não define critérios objetivos para aferição da exequibilidade das propostas".* Caberia, então, ao administrador público exercer tal tarefa com cautela, "*sob pena de eliminar propostas exequíveis que à primeira vista se mostrem inviáveis, em descompasso com a busca pela proposta mais vantajosa e, por consequência, com o princípio da economicidade*". Assim, exceto em situações extremas nas quais a instituição contratante se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, a teor do § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993, a norma não teria outorgado à comissão julgadora, ou ao pregoeiro, poder para desclassificar propostas, sem estar demonstrada, no procedimento licitatório, a incompatibilidade entre os custos dos insumos do proponente e os custos de mercado, bem como entre os seus coeficientes de produtividade e os necessários à execução do objeto. Destacou, ainda, que "*embora a Lei não defina parâmetro do que seja irrisório ou simbólico, cabe ao intérprete firmar tal juízo no caso concreto, em atenção ao princípio da razoabilidade*", sendo certo que "*uma proposta nessa condição há de apresentar preços deveras destoantes da realidade, em respeito à própria adjetivação utilizada pela norma, não se podendo afastar, de plano, por exemplo, propostas cujos preços representem pouco menos de 70% do valor orçado pela Administração*". Assim, a despeito das disposições constantes do § 5º do art. 29 da IN/SLTI nº 2/2008, propostas supostamente inexequíveis não poderiam ser desclassificadas de maneira imediata, excetuando-se as situações extremas previstas no § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993 (preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero). Por conseguinte, além de outras irregularidades, por conta da adoção indevida de critério de desclassificação de propostas de várias licitantes, as quais não teriam tido sequer oportunidade para tentar evidenciar a factibilidade de suas propostas, votou o relator pela procedência da representação e por que se determinasse ao MPS, com relação ao Pregão Eletrônico nº 9/2001, a adoção de medidas com vistas à sua anulação, em face dos vícios de legalidade apurados, sem prejuízo, ainda, de se determinar ao órgão medidas corretivas para suas futuras licitações. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedentes citados: Acórdãos nºˢ 559/2009, da 1ª Câmara, 697/2006 e 363/2007, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2068/2011-Plenário, TC-015.709/2011-6, rel. Min. Augusto Nardes, 10.08.2011.***

A não aferição do perfil dos profissionais indicados em substituição aos originalmente integrantes da equipe técnica apresentada por empresa contratada, a partir de licitação do tipo técnica e preço, constitui irregularidade, sujeitando o responsável pelo fato às sanções cabíveis

Em auditoria realizada na Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre no Estado de São Paulo – (Dnit/SP), com intuito de verificar empreendimentos de infraestrutura ferroviária executados em 2009, em especial a obra de construção do contorno e pátio ferroviário de Tutóia – Araraquara/SP, a unidade técnica do Tribunal apontou como sendo irregular a substituição de profissionais da equipe da empresa contratada a partir da concorrência 161/2008, do tipo técnica e preço, destinada à contratação de serviços de gestão ambiental para implantação das obras, sem observância dos critérios estipulados no edital. O responsável ouvido pelo fato alegou, em síntese, "*que o tempo decorrido entre a proposta técnica da contratada e o início dos serviços levou a que os profissionais da equipe original assumissem outros compromissos, dada a demanda do mercado por técnicos qualificados, e que os substitutos possuíam experiência e qualificação compatíveis com as dos substituídos, além de atenderam os requisitos do edital*", o que foi rebatido pela unidade técnica incumbida da instrução do feito, a qual demonstrou que a pontuação destes seria inferior à da equipe original. No voto, o relator observou que, sem adentrar no exame dos perfis dos profissionais contratados em substituição aos primeiros, a argumentação do responsável não elidiu o fato de que não foi feita a aferição dos currículos dos novos profissionais, nos termos previstos no edital, o que já caracterizaria, em sua opinião, a irregularidade da conduta. Entretanto, aditou que a gravidade da ocorrência seria ampliada ao se constatar que se tratava de licitação do tipo técnica e preço, "*na qual a técnica tinha peso elevado e na qual a empresa contratada sagrou-se vencedora do certame, apesar de não ter cotado o menor preço, em virtude de sua proposta técnica, que incluía a qualificação de sua equipe*". Por isso, votou pela rejeição das justificativas apresentadas pelo responsável, com aplicação de multa a este, sem prejuízo de se determinar ao Dnit/SP que regularize a situação dos profissionais substituídos, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2091/2011-Plenário, TC-018.910/2009-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 10.08.2011.***

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 1 - No caso de exigência de amostra de produto, devem ser estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas

Por intermédio de representação, o Tribunal tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 71/2010, realizado pela Prefeitura de Manaus, no Amazonas, cujo objeto consistiu no registro de preços para eventual aquisição de gêneros alimentícios, em lotes, da merenda escolar, para atendimento à rede municipal de ensino. Na etapa processual anterior, o Tribunal determinara cautelarmente à Prefeitura de Manaus que se abstivesse de realizar novas aquisições, com recursos federais, de produtos constantes da Ata de Registro de Preços 11/11, decorrente do certame examinado, bem como não permitisse novas adesões à mencionada Ata, até que o Tribunal deliberasse definitivamente sobre a matéria (ver informativo 63). Nesse quadro, ao empreender novo exame, o relator voltou a cuidar da questão relacionada à ausência de critérios técnicos e objetivos de avaliação das amostras. Para ele, em linha com o decidido quando da prolação do julgado anterior (Acórdão n.º 1291/2011-Plenário), teria ocorrido falta de transparência dos procedimentos adotados para eliminação de certas amostras, sendo que, no curso da licitação, em determinadas situações, foi mencionado apenas que o produto não atenderia ao especificado no edital ou que havia divergência na qualidade, sem especificar as falhas. A ausência de motivação nas decisões da comissão avaliadora das amostras, de acordo com o relator, "*tolheu a possibilidade de apresentação de recursos pelos participantes*". Destacou, ainda, não ter sido identificada qualquer referência aos critérios de apresentação das amostras, aos parâmetros técnicos de aferição dos produtos, como aspectos visuais, formas de acondicionamento e limites de variação aceitáveis, haja vista a utilização de termos imprecisos para fundamentar as análises, tais como, com relação a certos produtos, "pesando aproximadamente" e "no mínimo". Noutro giro, o relator consignou em seu voto ter acontecido a desclassificação de produtos fundamentada apenas na qualidade imprópria para o consumo ou na ausência de acondicionamento e refrigeração corretos. Todavia, não teriam sido apontadas quais as características do produto encontravam-se divergentes e que supostamente haveriam sido determinadas pela instituição contratante, evidenciando, de novo, a ausência de transparência na análise das amostras. Contudo, considerando que as falhas nos critérios de avaliação das amostras não teriam sido constatadas em todas as desclassificações e que o encaminhamento final a ser conferido ao processo seria pela anulação da ata de registro de preços, tendo em conta a gama de outros fatos irregulares verificados, considerou suficiente dar ciência à Prefeitura de Manaus das irregularidades relativas às amostras, para que, em futuros editais de licitações, quando do estabelecimento de tal exigência, sejam estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação de amostras, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões, apresentando voto nesse sentido, que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 1168/2009 e 1512/2009, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2077/2011-Plenário, TC-004.835/2011-5, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 10.08.2011.***

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 2 - Em regra, as aquisições por parte de instituições públicas devem ocorrer por itens, sendo que no caso de opção de aquisição por lotes a composição destes deve ter justificativa plausível

Ainda na representação que tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 71/2010, analisou-se a escolha, por parte da Prefeitura de Manaus, de aquisição dos produtos por lotes e não por itens, em aparente desacordo com o art. 15, inciso IV, da Lei 8.666/1993, bem como com a Súmula TCU 247. A adjudicação dos bens, divididos em grandes lotes, já tinha sido examinada na ocasião da prolação do julgado anterior (Acórdão n.º 1291/2011-Plenário - ver informativo 63), tendo sido considerada irregular por diversas razões, tendo o relator destacado, na presente etapa processual, que o problema não teria sido a aquisição, em si, dos produtos divididos por lotes, mas sim a composição destes, os quais previram volumosas quantidades de produtos, envolvendo elevados montantes. Ilustrou destacando dois lotes que previam, respectivamente, as quantidades de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentas mil) toneladas de produtos e 925.000 (novecentos e vinte e cinco mil) toneladas de gêneros alimentícios e alcançaram mais de 10 milhões de reais, cada um. No caso concreto, de modo a garantir a competitividade do certame e a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, haveria, no ponto de vista do relator, que se ter uma definição de número maior de lotes, contendo menos produtos e quantidades em cada um. De outra parte, caso a definição dos lotes trouxesse produtos com características mais próximas, poderia, concomitantemente, atender aos anseios da prefeitura e cumprir-se com ordenamento jurídico relacionado ao assunto. Citando decisão anterior do Tribunal, realçou o relator a necessidade de se determinar à Prefeitura de Manaus que, em suas futuras licitações, caso opte pela licitação em lotes, procedesse à análise mais detida quanto à real necessidade e à conveniência de se

agrupar itens, de modo a evitar a reunião em mesmo lote de produtos que poderiam ser licitados isoladamente ou compondo lote distinto, com vistas a possibilitar maior competitividade no certame e obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, fazendo constar nos autos o estudo que demonstre a vantajosidade desse modo de contratação. Entendeu o relator, ainda, embora tenham sido observadas deficiências na composição dos lotes, não ser o caso de aplicar multa aos responsáveis, sendo a determinação à prefeitura o bastante para a correção das falhas na próxima licitação, apresentando voto nesse sentido, que foi acolhido pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 3891/2011do Plenário.***Acórdão n.º 2077/2011-Plenário, TC-004.835/2011-5, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 10.08.2011.***

Para fins de configuração de ilicitude, basta a utilização indevida do benefício de desempate previsto no art. 44 da Lei Complementar 123/2006, destinado à empresa de pequeno porte ou microempresa, não sendo necessária a efetiva contratação para que seja declarada a inidoneidade da empresa

Por meio de processo de representação, o TCU identificou no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – (Siasg) e no Portal de Compras do Governo Federal – (Comprasnet) que diversas empresas de pequeno porte – (EPP) e microempresas – (ME) teriam se utilizado indevidamente do benefício do critério preferencial de desempate em licitações públicas, fixado pelo art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006, dado que apresentavam receita bruta anual superior ao permitido em lei para o enquadramento em tal categoria. Ao averiguar os fatos, a unidade técnica responsável pelo feito apontou que uma dessas empresas apresentou faturamento superior ao máximo permitido em lei para enquadramento como ME ou EPP por três anos seguidos, utilizando-se do benefício da preferência de desempate em 85 oportunidades. Em sua oitiva, a empresa beneficiada alegou, dentre outros argumentos, que não fora demonstrado, nos autos, a utilização efetiva do benefício do lance de desempate, "*uma vez que não constam informações de contratações entabuladas pela empresa*". Consoante o relator, todavia, "*a sociedade empresária lançou mão do privilégio de desempate em 85 (oitenta e cinco) oportunidades, tendo sido identificados 4 (quatro) certames em que a empresa utilizou-se do lance de desempate para vencer o torneio licitatório, o que indica fraude à licitação, nos termos do art. 90 da Lei n. 8.666/1993*". Além disso, ainda para o relator, "*a concretização de avenças ulteriores decorrentes das disputas é irrelevante, pois basta verificar a ocorrência de utilização indevida do benefício preferencial do empate, haja vista que a empresa usou a benesse legal para sagrar-se vencedora de certames públicos, para fins de configuração da ilicitude em exame*". Por conseguinte, propôs, e o Tribunal acolheu, que a empresa que utilizou indevidamente o benefício do desempate fosse declarada inidônea para participar de licitação na Administração Pública Federal pelo prazo de um ano, ante a conduta fraudulenta percebida. ***Acórdão n.º 2101/2011, TC-019.543/2010-7, rel. Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 10.08.2011.***

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: argumentos como a limitação de espaço para estocagem de alimentos ou o prazo de validade dos produtos perecíveis não impedem que seja utilizada a correta modalidade de licitação, desde que seja realizada a elaboração de cronograma de fornecimento, o qual deve integrar o instrumento convocatório do certame

Denúncia noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades na gestão de recursos federais despendidos pelo Município de Maués/AM à conta de diversos Programas, dentre eles, o Nacional de Merenda Escolar – (PNAE). Após o exame dos fatos, a unidade técnica concluiu que haveria irregularidade nas aquisições de merenda escolar nos anos de 2009 e 2010, consistente na realização de licitações sob as modalidades convite e tomada de preços, quando deveria ter realizado concorrência, em razão dos valores totais envolvidos. Teria, ocorrido, portanto, fracionamento indevido de despesa, na opinião da unidade técnica, que chegou a essa conclusão após examinar argumentos do responsável no sentido de que a realização de diversas licitações deveu-se, além de outros motivos, "*à dificuldade de estocagem dos alimentos adquiridos, bem assim à necessidade de observância do prazo de validade dos produtos perecíveis, que, se comprados em uma única licitação, certamente resultariam em perdas no decurso do ano letivo*". O relator, ao concordar com os exames da unidade técnica, destacou, em sua proposta, "*a soma dos valores das aquisições de merenda escolar realizadas pelo Município de Maués/AM indica a adoção da concorrência como modalidade licitatória, e não de convite ou tomada de preços, conforme aconteceu*". Ainda consoante o relator, "*a limitação de espaço para estocagem de alimentos e a necessidade de observância dos prazos de validade poderiam ser facilmente contornadas mediante a elaboração de um cronograma de fornecimento, o qual deveria integrar o instrumento convocatório da licitação"*. Por conseguinte, considerou que a utilização de modalidade licitatória distinta de concorrência prejudicara a obtenção de proposta mais vantajosa à administração municipal, tendo em conta que a compra fracionada dos alimentos afastara a possibilidade de

ganhos provenientes de economia de escala. Propôs o relator, então, a rejeição das justificativas do responsável, sem prejuízo de encaminhar sugestão de que lhe fosse aplicado multa, tendo em face a irregularidade ocorrida, o que foi aprovado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2109/2011, TC-011.886/2010-2, rel. Min.-Subst. André Luís de Carvalho, 10.08.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 16 e 17 de agosto de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Licitação sob a modalidade pregão: o retorno à fase de aceitação das propostas, quando esta já tiver sido superada, só deve ocorrer se verificadas falhas relevantes que possam alterar a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, cabendo ao pregoeiro, em vez disso, se necessário, esclarecer ou complementar a instrução do processo, utilizando-se das faculdades previstas no art. 26, § 3º, do Decreto 5.450/2005, ou no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93
Representação formulada ao TCU noticiou a ocorrência de possíveis irregularidades na condução de pregão eletrônico, com registro de preços, nº 76/2010, realizado pela Fundação Nacional de Saúde, Coordenação Regional em Mato Grosso – (Funasa/MT) para aquisição de equipamentos para sistema de abastecimento de água em áreas indígenas. Para o relator, o ponto fundamental do processo estaria no fato da Funasa/MT ter declarado algumas empresas habilitadas e vencedoras dos itens 1 a 7, 10 a 15, 20 e 21 do certame, mas, posteriormente, alegar o não atendimento do previsto no item 7 do anexo I do edital do pregão, o qual exigia "*especificação clara, completa e minuciosa do material oferecido*", retornando o procedimento para aquisição dos itens à fase de aceitação das propostas. Após a oitiva do pregoeiro incumbido da condução do procedimento, o relator destacou que a jurisprudência do Tribunal, apoiada na doutrina pátria, leciona que "*o exame realizado pelo pregoeiro na fase de verificação inicial das propostas (art. 22, § 2º, do Decreto 5.450/2005) deve ser sumário e sintético, dada a natureza dinâmica do pregão, sendo que 'não cabe disputa mais aprofundada nessa etapa' e que 'o pregoeiro deverá examinar a proposta e verificar se a descrição ali contida corresponde àquela adotada no edital'*". Já na fase de aceitação do pregão (art. 25, *caput* e §§ 1º a

4º, do Decreto 5.450/2005), "*é que deve ser perquirida com afinco a compatibilidade do preço da proposta em relação ao estimado para contratação e o atendimento pelo licitante das exigências habilitatórias dispostas no edital*". Caso a proposta não fosse aceitável, o pregoeiro deveria examinar a proposta subsequente, e, sendo o caso, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atendesse ao edital, consoante o § 5º do art. 25 do Decreto 5.450/2005. Assim, ainda para o relator, após essa etapa, somente seria cabível o retorno à fase de aceitação "*se verificada falhas relevantes que alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica*", o que não teria o caso do pregão 76/2010 da Funasa/MT, no qual o retorno à fase de aceitação ocorrera com base em singelo parecer do Setor de Perfuração de Poços da Funasa/MT, segundo o qual as propostas não estariam em consonância com o item 7 do anexo I do edital. Em vez disso, para o relator, seria mais razoável que o pregoeiro, "*a fim de sanar erros, esclarecer ou complementar a instrução do processo, deveria ter-se utilizado das faculdades previstas no art. 26, § 3º, do Decreto 5.450/2005, ou no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente para o pregão*". Por conseguinte, considerando que a decisão do pregoeiro pelo retorno à fase de aceitação das propostas, além de desnecessária, teria dado vazão à ocorrência de diversas outras irregularidades, votou o relator pela rejeição das justificativas apresentadas, sem prejuízo de aplicação de multa ao referido responsável, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 934/2007, da 1ª Câmara e 539/2007, do Plenário. ***Acórdão n.º 2154/2011-Plenário, TC-000.582/2011-5, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 17.08.2011.***

É inadmissível subcontratação total, por ofensa às normas regentes dos contratos administrativos

Denúncia noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades envolvendo o Município de Indiaroba/SE na aplicação dos recursos do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar – PNATE. Nesse contexto, foi apontada pela unidade técnica incumbida do feito a subcontratação praticada por empresa privada para a execução do Contrato 193/2010, cujo objeto consistia em serviço de transporte escolar no município. Para a unidade instrutiva, em razão da execução integral do contrato por terceiros, a situação configurara caso típico de subcontratação total – caracterizada, na espécie, como sublocação total –, vedada pelo art. 72 da Lei nº 8.666/93, dispositivo que só considera legítima a subcontratação de *"partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração".* Ao examinar o fato, o relator destacou no seu voto que "*não se deve perder de perspectiva que a subcontratação é regra de exceção, somente admitida quando não se mostrar viável, sob a ótica técnica e/ou econômica, a execução integral do objeto por parte da contratada, situação essa que deve ficar bem evidenciada ainda na fase do planejamento da contratação (fase interna da licitação). A subcontratação total, ao revés, não se coaduna com as normas que disciplinam os contratos administrativos*". Destacou, ainda, vedação constante do próprio instrumento contratual firmado que, apesar de não estabelecer limites claros, obstaculizaria a subcontratação integral do objeto. Assim, ao concluir pela irregularidade das condutas dos responsáveis que haviam sido ouvidos em audiência a respeito do fato, votou o relator pela rejeição das justificativas apresentadas, com aplicação de multa a eles, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 1045/2006, do Plenário. ***Acórdão n.º 2189/2011-Plenário, TC-005.769/2010-8, rel. Min. José Jorge, 17.08.2011.***

Na utilização do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 como fundamento da contratação direta, as obras e/ou serviços contratados devem estar adstritos aos itens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e que possam ser concluídos no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos

Denúncia formulada ao Tribunal por conta de supostas irregularidades ocorridas no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí - (IFPI), atinentes à conclusão da obra do Campus Paulistana, na cidade de Paulistana/PI. Na etapa processual anterior, o Tribunal deliberou pela suspensão cautelar da contratação, dentre outras razões, pela utilização aparentemente indevida do inc. IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 (dispensa de licitação amparada na emergência) para a contratação de todo restante da obra, quando, na realidade, o IFPI deveria ter se limitado, por conta do fundamento utilizado, à emergência constante do dispositivo retromencionado, à contratação de partes da obra ou de alguns serviços mais específicos, cuja não finalização em caráter de urgência pudesse causar sérios danos à estrutura já edificada, acarretando, por exemplo, a deterioração dos bens já empregados na obra, sempre mediante justificativa (ver informativo 65). Para o exame do mérito da matéria, o processo foi encaminhado à unidade técnica para instrução, na qual se consignou que "*a administração do IFPI deve, contudo, atentar para o que estipula o final do item IV do art. 24 da Lei 8.666/93: '(...) e somente para os bens necessários ao atendimento da*

situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídos no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos", no que contou com anuência do relator, que votou por que fosse dado ciência ao IFPI de que em razão do caráter emergencial da obra, a planilha orçamentária elaborada para a conclusão do Campus Paulistana não poderá ser onerada mediante a inclusão de itens que não guardem pertinência com a situação emergencial delineada, o que foi aprovado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2190/2011-Plenário, TC-014.245/2011-6, rel. Min. José Jorge, 17.08.2011.***

Pregão para aquisição de mobiliário: 1 – Declaração de idoneidade financeira não pode ser exigida, para o fim de habilitação em processo licitatório

Representação trouxe ao conhecimento do Tribunal irregularidades supostamente ocorridas no pregão eletrônico, com registro de preços, n° 1/2011, realizado pela Escola de Comando e Estado Maior do Exército - (ECEME), para eventual aquisição de mobiliário, pelo prazo de doze meses. Dentre tais irregularidades, constou a exigência, para o fim de habilitação, de apresentação de declaração de idoneidade financeira, a ser expedida por instituição financeira em favor da licitante interessada. Ouvida a respeito, a ECEME afirmou que a exigência em questão visaria assegurar a contração de empresa idônea e com garantias de sua posição financeira, "*uma vez que o certame implica valores elevados e com expectativa de entrega com prazos exíguos a partir da emissão da nota de empenho*". Ademais, ainda no entender da ECEME, "*somente após a entrega do produto a empresa receberá o valor devido, processo que perdura em média 60 dias entre a emissão da nota de empenho e o pagamento do fornecedor*'. Ao analisar o assunto, a unidade técnica consignou que a referida declaração apenas informaria que a empresa seria cliente de determinada instituição financeira e que vem demonstrando idoneidade moral e financeira nos seus negócios com o banco. Não teria o referido documento, portanto, "*o condão de demonstrar a disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação, que é o que deve ser demonstrado quanto a qualificação econômico-financeira no certame*". Além disso, ainda para a unidade técnica, "*a referida declaração não encontra guarita na jurisprudência deste Tribunal, que tem se posicionado no sentido de que não se deve exigir nos processos licitatórios documentos além daqueles previstos nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993*". Ao tratar do assunto, o relator, ao encampar as análises procedidas pela unidade instrutiva, deixou de acatar, entretanto, a proposta de audiência do pregoeiro, por entender que a anulação do certame bastaria à situação, a qual, por todo o contexto, não se revelara grave a ponto de se perseguir a apenação com multa do responsável. O Plenário, a partir dos argumentos expendidos pelo relator, manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 2179/2011-Plenário, TC-006.795/2011-5, rel. Min.-Subst. Weder de Oliveira, 17.08.2011.***

Pregão para aquisição de mobiliário: 2 - Visita técnica em licitação por pregão eletrônico para aquisição de móveis só deve ser exigida se existentes elementos que a justifiquem, sendo ilícita que tal medida tenha de ser realizada por arquiteto empregado da licitante, dado não ter pertinência com a finalidade desse procedimento, além de não se amoldar ao disposto no art. 30, III, da Lei de Licitações

Outra suposta irregularidade detectada na representação formulada ao Tribunal em desfavor do pregão eletrônico, com registro de preços, n° 1/2011, realizado pela Escola de Comando e Estado Maior do Exército - (ECEME), para eventual aquisição de mobiliário, pelo prazo de doze meses, fora a obrigatoriedade de visita técnica por parte das licitantes interessadas, que, nos termos do edital, deveria ser realizada por arquiteto, responsável técnico da empresa, devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – (CREA) –, sendo que o referido profissional deveria pertencer ao quadro permanente da licitante, comprovando-se o vínculo mediante cópia autenticada da Carteira de Trabalho Profissional ou ficha de registro de empregado na empresa, também autenticada. Para a licitante, tal exigência seria abusiva, pois não se poderia exigir que o fornecedor de móveis tivesse um arquiteto como responsável técnico, "*quando a empresa que atua no comércio de móveis pode, por lei, funcionar sem qualquer arquiteto em seus quadros*". Em sua opinião, "*tal condição fere a igualdade e restringe a competitividade, porquanto reduz o número de possíveis fornecedores àqueles que têm arquitetos como empregados*". Todavia, para a ECEME, com a visita técnica a ser realizada por um arquiteto, a Administração poderia ter um acompanhamento de um profissional não existente nos seus quadros, para melhor adequação do mobiliário a ser adquirido nas novas instalações, bem como sua montagem nos auditórios e salas de aula, de forma a não se infringir nenhuma norma de segurança legal. Além disso, por ser cediço que a obtenção do 'habite-se' de uma nova edificação deveria passar por uma vistoria dos órgãos municipais e estaduais de fiscalização e que este instituto somente é concedido quando todas as exigências

legais são obedecidas, "*não poderia a Administração incorrer no risco de não poder ocupar o prédio por não ter o mobiliário de seu auditório atendendo às normas técnicas específicas e/ou ter seu mobiliário montado de forma a não atender tais requisitos*". Desse modo, ainda no ponto de vista da ECEME, seria "*indispensável exigência de um profissional competente com registro no CREA para acompanhar a visita técnica, visualizando as plantas do anexo e os edifícios já existentes de forma que possibilite aos licitantes uma justa formação de preço, levando em consideração todos os fatos relevantes na montagem dos produtos*". O relator, entretanto, discordou do entendimento da ECEME. Para ele, a exigência de visita técnica a ser realizada por arquiteto empregado da licitante seria ilícita, dado não ter pertinência com a finalidade desse procedimento, além de não se amoldar ao disposto no art. 30, III, da Lei de Licitações. Ainda conforme o relator, seria controversa até mesmo a própria exigência de visita técnica em licitação por pregão eletrônico para aquisição de móveis, de tal forma que o gestor prudente somente a deveria exigir se existentes elementos que a justificassem, como condição para perfeito cumprimento das obrigações futuras e adequada formulação da proposta, sob pena de correr-se o risco de haver impugnação pela ilegalidade da exigência. Por conseguinte, o relator, concluiu por descabida a exigência. Todavia, por entender que a anulação do certame por ele sugerida seria a medida apropriada à situação, a qual, por todo o contexto, não se revelara grave a ponto de se perseguir a apenação dos responsáveis com multa, deixou de acolher a proposta da unidade instrutiva pela realização de audiência do pregoeiro incumbido da condução do certame. O Plenário, a partir dos argumentos expendidos pelo relator, manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 2179/2011-Plenário, TC-006.795/2011-5, rel. Min.-Subst. Weder de Oliveira, 17.08.2011.***

Pregão para aquisição de mobiliário: 3 – No caso de supressão de exigências do edital que possam alterar a formulação das propostas das licitantes interessadas deverá ocorrer a republicação do instrumento convocatório

Na mesma representação formulada ao Tribunal em desfavor do pregão eletrônico, com registro de preços, n° 1/2011, realizado pela Escola de Comando e Estado Maior do Exército - (ECEME), para eventual aquisição de mobiliário, outra irregularidade teria sido a não republicação do edital em razão da supressão de exigências constantes do referido instrumento convocatório (garantia de qualidade ISO 9002 e certificado de registro de propriedade industrial) no dia anterior à abertura das propostas. Em resposta à oitiva promovida pelo TCU, o pregoeiro responsável pelo certame informou entender que "*as modificações que foram feitas às impugnações aceitas não influenciavam no conteúdo das propostas; ao contrário, suprimia exigências, o que facilita a entrada de mais fornecedores*". O art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, seria, então, claro ao dizer que, "*se a modificação não influencia o conteúdo das propostas a serem apresentadas, os prazos iniciais poderão ser mantidos*". Todavia, para o relator o que teria ocorrido seria um erro de interpretação por parte do pregoeiro, já que o citado comando legal menciona 'formulação de propostas' e não 'conteúdo das propostas'. Ainda consoante o relator, "*a supressão de exigências de habilitação, pode-se afirmar, não afetaria o conteúdo das propostas já formuladas ou na iminência de serem apresentadas, mas, como entende o pregoeiro, facilitaria a entrada de mais fornecedores. Exatamente por isso, deveria o edital ser republicado, de forma a permitir a 'formulação de propostas' por empresas que não intencionavam fazê-lo por serem afetadas por exigência constante do edital e que veio a ser suprimida na véspera da apresentação, modificação a qual não foi dada a devida divulgação, em correto cumprimento ao que dispõem o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993 e o art. 20 do Decreto nº 5.450/2005*". Por conseguinte, o relator concluiu que deveria ter sido providenciada a republicação do edital do certame. Todavia, por entender que a anulação do certame por ele sugerida seria a medida apropriada à situação, a qual, por todo o contexto, não se revelara grave a ponto de se perseguir a apenação dos responsáveis com multa, deixou de acolher a proposta da unidade instrutiva pela realização de audiência do pregoeiro incumbido da condução do certame. O Plenário, a partir dos argumentos expendidos pelo relator, manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 2179/2011-Plenário, TC-006.795/2011-5-Plenário, rel. Min.-Subst. Weder de Oliveira, 17.08.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 23 e 24 de agosto de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A utilização, como critério de julgamento das propostas, de composição de custos não divulgada adequadamente viola disposição expressa no art. 44, § 1º, da Lei 8.666/1993

Mediante pedidos de reexame, diversos responsáveis demonstraram seu inconformismo contra o Acórdão 1.374/2010, Plenário, que examinou representação acerca de irregularidades na Concorrência 6/2005, da Companhia Docas do Espírito Santo S/A – (Codesa), destinada a contratar sistema digital de circuito fechado de televisão para o Porto de Vitória. Na etapa processual anterior, dentre outros fatos que levaram à apenação dos responsáveis, constou a desclassificação de diversas licitantes, que teriam apresentado suas propostas de acordo com as condições do edital, e, ainda assim, foram desclassificadas. Por outro lado, a empresa representada, que fora declarada vencedora do certame, cotara sua proposta sem apresentar a composição de custos nas condições firmadas no instrumento convocatório, o qual estabelecia que os preços fossem cotados *"conforme planilha de quantidades estimadas, de acordo com o modelo constante do Edital"*, sendo que o referido modelo, anexo ao edital, não indicava os custos com instalação dos equipamentos, denotando que eles deveriam ser acrescidos ao preço do equipamento. A falta de clareza do edital teria motivado, então, pedido de esclarecimento por empresa interessada em participar do certame, a qual recebeu resposta de que "*o Edital está disponível para vistas na sala da Comissão Especial de Licitação desde a data de sua publicação, (...) onde poderá ser vista a composição de custos"*. Então, cinco empresas apresentaram propostas sem apor, contudo, os custos de instalação no detalhamento da planilha de preços, tal como estabelecido no edital. Entretanto, no processo administrativo da concorrência haveria outro modelo de planilha, que foi exigido pela Comissão de Licitação e do qual somente teriam tomado ciência as empresas que apresentaram os maiores preços, o que levou à desclassificação da representante e das outras quatro

empresas. Para o relator, "*não se pode admitir a desclassificação de propostas consonantes com os termos do edital, ainda que o processo administrativo preveja forma diversa para sua apresentação*". O ato de desclassificação das propostas, dessa forma, estaria em oposição à Lei 8.666/1993, porque descumpriu as normas e condições do edital, ao qual se encontrava vinculada a Administração. Votou, então, por que fosse negado provimento aos pedidos de reexame manejados, mantendo-se, em seus exatos termos, a deliberação anterior, com a apenação dos responsáveis envolvidos, o que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 2244/2011-Plenário, TC-004.184/2006-3, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 24.08.2011.***

A exigência de relação dos compromissos assumidos, calculada em função do patrimônio líquido atualizado, para o fim de qualificação econômico-financeira, não ofende o estatuto das licitações
Representação formulada contra o Pregão Eletrônico 26/2011, realizado pelo TCU, e cujo objeto consistiu na contratação de serviços continuados de vigilância armada, apontou pretensas irregularidades, relacionadas à qualificação econômico-financeira das licitantes. Dentre elas, uma diria respeito à exigência de que fosse apresentada declaração, contendo relação de compromissos assumidos, demonstrando que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data prevista para apresentação da proposta, não seria superior a 100% (cem por cento) do patrimônio líquido, podendo este ser atualizado por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura do Pregão 26/2011. Para o relator, a partir de julgado anteriormente proferido pelo Tribunal, a exigência em questão, além de encontrar amparo legal, teria por finalidade avaliar a real capacidade de a empresa cumprir satisfatoriamente o objeto licitado, considerando os compromissos já assumidos noutras avenças. Ressaltou, entretanto, que "*a Lei* [8.666/1993] *estabelece que a diminuição da capacidade operativa ou da disponibilidade financeira decorrentes de outros compromissos assumidos deve ser avaliada em relação ao patrimônio líquido da empresa*, pois, conforme apontaria a doutrina, *"objetiva verificar se os dados contábeis não estão prejudicados em função de fatos supervenientes".* Sendo assim, ainda consoante o relator, *"a relação de compromissos apenas poderá referir-se a eventos posteriores à data de apuração do balanço",* pois, *"a empresa pode ter ampliado o montante de seus compromissos após o balanço, tanto quanto pode ter ampliado sua disponibilidade de recursos".* Logo, deve ser assegurado às licitantes demonstrar que os compromissos supervenientes não reduziram o montante do patrimônio líquido, de modo a continuar a preencher os requisitos do edital. Não haveria, portanto, ilegalidade na exigência da relação dos compromissos assumidos, calculada em função do patrimônio líquido atualizado. Por conseguinte, votou o relator pelo não provimento da representação intentada, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2523/2011, da 2ª Câmara. ***Acórdão n.º 2247/2011-Plenário, TC-016.363/2011-6, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 24.08.2011.***

A realização sistemática e contínua de procedimentos de contratação direta, fundados no art. 24, incisos I ou II, da Lei nº 8.666/1993, ausentes os requisitos contidos nestes dispositivos, pode levar à apenação dos responsáveis
Auditoria do Tribunal apurou irregularidades em contratos firmados pelo Hospital Universitário Cassiano Antonio de Morais, em Vitória/ES, no período compreendido entre 2005 e 2009, dentre as quais constaram contratações diretas aparentemente indevidas, configuradas por falha de planejamento nas aquisições de bens e prestação de serviços previsíveis e rotineiros ao longo de determinado exercício financeiro – aquisições de prótese intraluminal; manutenção de aparelhos médico-hospitalares; e manutenção/reforma predial. Para o relator, percebeu-se, ao longo dos exames, a realização sistemática e contínua de procedimentos de contratação direta, fundados no art. 24, incisos I ou II, da Lei nº 8.666/1993, ausentes os requisitos contidos em tais dispositivos. A contrário senso do realizado pela instituição, a frequência com que eram celebrados os contratos e a repetição dos objetos denotaria incompatibilidade com a **men legis**, que seria a de permitir a dispensa da licitação em razão de diminutos valores, desde que respeitados os limites de 10% sobre os valores informados no art. 23, para a modalidade convite e desde que o objeto não se referisse a parcelas de um mesmo serviço ou compra que pudessem ser realizados de uma só vez. Consoante o relator, na maioria dos casos, as contratações diretas faziam parte da rotina do Hospital, cujos processos eram iniciados conforme as demandas dos setores responsáveis. Tamanha desorganização administrativa sobressairia no caso do item de despesa classificado como 'manutenção e reforma predial', em relação ao qual, entre 2005 e 2009, a auditoria revelou que, mensalmente, era instaurado processo de dispensa referente à manutenção da rede elétrica e hidráulica daquela unidade de saúde. Para o relator, não haveria dúvidas que seria plenamente possível a realização de licitações para aquisição de equipamentos e prestação de serviços, acaso os gestores tivessem planejado adequadamente o fluxo de despesas ao longo de determinado período. Por conseguinte,

votou o relator pela aplicação de multa aos envolvidos com a irregularidade, no que contou com a anuência do Plenário, alerta a ser expedido ao Hospital Universitário Cassiano Antonio de Morais. ***Acórdão n.º 2255/2011-Plenário, TC-023.766/2009-5, rel. Min. Augusto Nardes, 24.08.2011.***

A comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes deve se restringir às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado

Representação formulada ao TCU noticiou possíveis irregularidades na condução das concorrências 0609/2010, 0003/2011 e 0004/2011, processadas pela Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Espírito Santo – (Dnit-SR/ES), com vistas à construção de passarelas metálicas nas rodovias BR- 262/ES e BR-101/ES. Dentre tais irregularidades, constou a inclusão dos serviços "Steel Deck MF-50" e "Gradil – fornecimento e assentamento de gradil" como um dos requisitos a serem objeto de comprovação da aptidão profissional e operacional das empresas licitantes, serviços estes que não atenderiam aos pressupostos de relevância técnica e de valor significativo. Para o relator, conforme a jurisprudência do Tribunal, "*a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes deve se restringir às parcelas de maior relevância* ***e*** *valor significativo do objeto a ser contratado, o que não restou comprovado nesta representação, eis que os serviços denominados 'Steel Deck MF-50' e 'Gradil – fornecimento e assentamento de gradil' contemplam valores inexpressivos perante o custo total das obras*", fato este que, inclusive, teria sido reconhecido pelos próprios gestores. A isto, ainda para o relator, somou-se a circunstância de ter ocorrido a habilitação de apenas uma empresa – a mesma empresa, – nos três certames, caracterizando consistente indício de que a exigência teria sido desarrazoada, especialmente considerando de que se tratava de objeto comum em obras rodoviárias e que as demais licitantes foram inabilitadas justamente por conta disso. Por conseguinte, diante desta e de outras irregularidades, o relator votou por que se determinasse ao Dnit-SR/ES a adoção das providências necessárias à anulação das concorrências 0609/2010, 0003/2011 e 0004/2011 ou, ao menos, à declaração de nulidade dos procedimentos licitatórios subsequentes à publicação dos respectivos editais, retificando-os no que tange às irregularidades suscitadas, bem como por que fossem promovidas as audiências dos agentes públicos envolvidos, para apuração das devidas responsabilidades. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 2253/2011-Plenário, TC-005.410/2011-8, rel. Min. Aroldo Cedraz, 24.08.2011.***

É ilegal a participação do autor do projeto básico, ainda que indireta, em licitação ou na execução da obra, não descaracterizando a infração a ocorrência da exclusão do referido autor do quadro social da empresa participante da licitação, às vésperas do certame

Mediante representação, o TCU tomou conhecimento de potenciais irregularidades em licitações realizadas pela Prefeitura Municipal de Conceição, na Paraíba, em especial na Tomada de Preços nº 04/2007, a partir da qual se apurou potenciais prejuízos ocorridos ao erário na construção, com recursos federais, de dois açudes. Uma dessas irregularidades estaria no fato de que o pai do autor dos projetos básicos dos dois açudes era, na época dos acontecimentos, sócio em uma construtora de dois dos proprietários da construtora que vencera a Tomada de Preços nº 04/2007. No ponto de vista do relator, essa situação configuraria a hipótese prevista no inciso I do § 3º do art. 9º da Lei nº 8.666/1993, que veda a participação indireta do autor do projeto na licitação ou na execução da obra. A esse respeito, esclareceu o relator que o mencionado dispositivo é bastante abrangente, "*ao definir o tipo de vínculo que caracteriza a participação indireta (de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista), não deixando dúvida, a meu ver, da ocorrência da irregularidade no caso em apreço*". Ao votar pelo sancionamento do ex-Prefeito responsável pela situação, o relator destacou o argumento apresentado pela referida autoridade de que o quadro-social da empresa, que contava com a participação do pai do autor do projeto básico, fora alterado anteriormente ao certame, com a exclusão do genitor do responsável pela elaboração do projeto. Para o relator, essa modificação realizada às vésperas do certame não descaracterizaria a participação indireta. Ao contrário, demonstraria a intenção nociva de se conferir à situação uma aparência de legalidade. Ressaltou, ainda o relator, que a postura leniente do ex-alcaide, ante o referido contexto, do qual tinha ciência desde a época dos fatos, confirmaria a conivência com os atos das construtoras e robusteceria a conclusão pela necessidade de sua responsabilização. Por conseguinte, além da multa ao ex-Prefeito, o relator votou por que este fosse inabilitado ao exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública, pelo período de cinco anos, bem como pela declaração de inidoneidade das empresas envolvidas, de modo a impedi-las de participar de licitações no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de três anos, no

que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 2264/2011-Plenário, TC-009.792/2011-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 24.08.2011.***

Licitação de obra pública: 1 – No caso de exigência de visita técnica, não há necessidade de que esta seja realizada pelo engenheiro responsável técnico integrante dos quadros da licitante, pois isto imporia, de modo indevido, contratação do profissional antes mesmo da realização da licitação
Denúncia encaminhada ao Tribunal noticiou pretensas irregularidades na Tomada de Preços 1/2010, realizada para execução do Convênio 657732/2009, firmado entre a Prefeitura Municipal de Davinópolis/GO e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – (FNDE), cujo objeto consistiu na construção de creche no âmbito do Programa Nacional de Reestruturação e Aparelhagem da Rede Escolar Pública de Educação Infantil – (PROINFÂNCIA). Dentre tais irregularidades constou a imposição de que a visita técnica, para conhecimento do objeto do certame, fosse realizada obrigatoriamente por engenheiro civil, responsável técnico da empresa licitante e detentor dos atestados de obra, a serem apresentados na habilitação. A esse respeito, alegaram os responsáveis que a exigência seria necessária, por ser condição do edital que a empresa detivesse em seu quadro permanente profissional qualificado, além de levar em consideração a complexidade dos serviços executados, evitando-se, assim, futuros questionamentos acerca do objeto licitado e das questões técnicas do projeto. Por outro lado, a exigência garantiria a segurança na execução da obra, ainda para os responsáveis. Consoante o relator, entretanto, a obrigatoriedade de que a visita técnica fosse realizada por engenheiro civil, responsável técnico da empresa licitante, exigiria, implicitamente, que a empresa possuísse o profissional em seus quadros permanentes, "*pois impõe a contratação do engenheiro antes mesmo da realização da licitação*". Tal exigência, que inibiria a participação de possíveis interessados, não se coadunaria com a jurisprudência do Tribunal. Ainda de acordo com o relator, "*o interesse é que o engenheiro esteja disponível para desempenhar seus serviços, de modo permanente, durante a execução do contrato*". O dispositivo da Lei 8.666/93 que trata do assunto (inciso I do §1º do art. 30) deveria, então, ser compreendido de forma analítica, com vistas a atingir os objetivos a que se destina a licitação: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, votou pela aplicação de multa aos responsáveis, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2299/2011-Plenário, TC-029.583/2010-1, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 24.08.2011.***

Licitação de obra pública: 2 – De modo geral, para o fim de qualificação econômico-financeira só podem ser exigidos índices usualmente utilizados pelo mercado, sempre de maneira justificada no processo licitatório
Ainda na denúncia a partir da qual foi encaminhada notícia dando conta de pretensas irregularidades na Tomada de Preços 1/2010, realizada para execução do Convênio 657732/2009, firmado entre a Prefeitura Municipal de Davinópolis/GO e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – (FNDE), também foi apontada como irregular a exigência de índices de liquidez geral e liquidez corrente, bem como de grau de endividamento, não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira. Instados a se pronunciar a respeito do fato, os responsáveis consignaram que, em seu entendimento, seria possível e plausível a indicação dos índices exigidos no edital para serviços de engenharia, um pouco superiores às demais categorias de serviços, estando de acordo com o disposto no art. 31, § 5º, da Lei 8.666/1993. Além disso, argumentaram que, considerando a complexidade da obra, a intenção foi de garantir o cumprimento das obrigações pela empresa contratada. Todavia, para o relator, ao contrário do afirmado pelos responsáveis, o edital não estaria em conformidade com a legislação, em face das grandes diferenças entre os índices usualmente adotados e os exigidos das empresas participantes do certame, conforme demonstrado pela unidade técnica. Nesse contexto, destacou que, no âmbito da Administração Pública Federal, a Instrução Normativa MARE 5/1995 definiu que a comprovação de boa situação financeira de empresa oriunda de localidade onde o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - (SICAF) não tenha sido implantado, será baseada na obtenção de índices de Liquidez Geral, Solvência Geral e Liquidez Corrente. As empresas que apresentassem resultado igual ou menor do que 1,0, em qualquer dos índices referidos, deveriam, então, apresentar outras comprovações e garantias. No caso examinado, observou-se que as exigências editalícias de índices maiores ou iguais a 5 (cinco) estavam muito superiores ao parâmetro normativo. Do mesmo modo, o grau de endividamento previsto no edital, menor ou igual a 0,16, estaria distante do índice usualmente adotado, que varia de 0,8 a 1,0. Além disso, em qualquer caso, ainda conforme o relator, seria obrigatório justificar, no processo licitatório, os índices contábeis e valores utilizados, o que não foi realizado. Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, votou pela aplicação de multa aos

responsáveis, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2299/2011-Plenário, TC-029.583/2010-1, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 24.08.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 30 e 31 de agosto de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Supressões contratuais anteriores devem ser levadas em consideração para o fim de se determinar a base para acréscimos percentuais posteriores
A partir de auditoria realizada nas obras do Canal do Sertão Alagoano, executadas por conta do Contrato nº 03/1992, celebrado pela Secretaria de Infra-Estrutura do Governo do Estado de Alagoas, o Tribunal apreciou razões de justificativas apresentadas por responsáveis acerca de alterações contratuais acima dos limites permitidos pelo ordenamento jurídico. Ao refutar os argumentos apresentados com relação a tais alterações contratuais, a unidade técnica entendeu que estas teriam desnaturado, por completo, a avença original. Isso se deveu, ainda conforme a unidade instrutiva, por conta de a instituição contratante não ter considerado as supressões advindas ao contrato, após a firmatura deste, o que determinaria uma nova base para o fim de cálculo dos acréscimos percentuais admitidos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993, conforme entendimento mantido pelo Tribunal na Decisão nº 1575/2002-Plenário. Consoante a unidade técnica, "*em tese, não há limites para a redução contratual consensual, mas, a partir do momento da redução da avença, por força de supressões de serviços licitados e contratados, ascendeu ao mundo jurídico um novo contrato (aditivado por supressão), que será a nova base para fins de incidência do percentual máximo de 25%. Por esta metodologia, introduzida pela Decisão nº 1575/2002-Plenário, com a retirada do item de orçamento 'Ponte-Canal' do orçamento licitado e contratado, no valor de R$ 25.690.573,68 a preços de agosto/2002, por meio do 2º Termo Aditivo, o valor total do contrato passou de R$ 41.778.628,39 a preços de agosto/2002 para R$ 16.088.054,71 na mesma data de referência (diferença entre o total do contrato e o que foi suprimido). Portanto, esta seria a nova base de incidência (R$ 16.088.054,71) do limite legal máximo de 25%*". Diante disso, concluiu a unidade responsável pelo feito que "*só poderia ser acrescido, em termos de serviços, o valor de R$ 4.022.013,68 (25% de R$ 16.088.054,71), os quais, acrescidos ao valor do contrato com a*

supressão (R$ 16.088.054,71), chegaríamos ao montante de R$ 20.110.068,39. Passando este a ser o valor máximo permitido pela Lei nº 8.666/93”. Todavia, como o contrato, após aditivos, alcançou o valor de R$ 50.172.205,03, mediante acréscimos de novos serviços, totalizou-se, conforme o ponto de vista da unidade técnica, o percentual de 211,86% em relação à base de incidência (R$ 16.088.054,71), o que a levou a propor, por esta e por outra irregularidade, multa aos responsáveis envolvidos, no que contou com a anuência do relator e do Plenário. ***Acórdão n.º 2331/2011-Plenário, TC-014.771/2006-1, rel. Min. Valmir Campelo, 31.08.2011.***

A vedação de participação em licitações sob a modalidade concorrência de empresas com sócios comuns é ilícita, apesar de poder constituir indício que, somado a outros, conforme o caso concreto, configure fraude ao certame

Agravos foram interpostos conjuntamente Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Departamento Nacional - (Senai/DN) e pelo Serviço Social da Indústria - (Sesi/DN), contra despacho suspensivo da Concorrência nº 4/2011, que teve por objeto a contratação de serviços especializados de assessoria de imprensa, análise de noticiário e monitoramento e planejamento de ações em redes sociais, de modo a promover ações e projetos de ambas as entidades agravantes. Por ocasião da providência cautelar, o certame houvera sido suspenso por conta de representação formulada em face de cláusula editalícia que vedava a participação simultânea de empresas com sócios comuns, o que, potencialmente, para o relator, poderia alijar potenciais interessados do certame, além de não possuir amparo na Lei nº 8.666/1993, nos regulamentos próprios das entidades ou na jurisprudência do TCU. No voto, o relator apontou o entendimento mantido pelo Tribunal ao proferir o Acórdão nº 297/2009-Plenário, no qual se considerou irregular a situação em apreço quando a participação concomitante das empresas ocorresse em uma das seguintes situações: licitação sob a modalidade convite, contratação por dispensa de licitação, existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo e contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra. Nenhuma dessas situações, ainda para o relator, configurara-se na espécie, por se tratar de licitação sob a concorrência. De sua parte, para fundamentar o pleito de reconsideração do despacho ou de concessão de efeito suspensivo àquela deliberação monocrática, o Sesi/DN e o Senai/DN alegaram, dentre outros fatores, que a regra em questão fora sugerida pela Controladoria Geral da União – (CGU), para evitar conluios em licitações do Sistema “S”. Para o relator, a proposta formulada pelo órgão de controle interno coincidiria com decisão anterior do Tribunal, no qual se recomendou o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) que orientasse todos os órgãos/entidades da Administração Pública a verificarem, quando da realização de licitações, junto aos sistemas Sicaf, Siasg, CNPJ e CPF o quadro societário e o endereço dos licitantes, com vistas a verificar a existência de sócios comuns, endereços idênticos ou relações de parentesco, fato que, analisado em conjunto com outras informações, poderia indicar a ocorrência de fraudes contra o certame. Destacou, ainda, julgado mais recente do Tribunal, no qual se consignou que, para minimizar a possibilidade da ocorrência de conluios entre licitantes, seria recomendável que os pregoeiros e os demais servidores responsáveis pela condução de procedimentos licitatórios, tomassem ciência da composição societária das empresas participantes dos certames, de forma a estarem atentos a atitudes potencialmente suspeitas, envolvendo essas empresas. Assim, as recomendações tanto da CGU, quanto do Tribunal, teriam por intuito mitigar riscos de conluio, mediante identificação das empresas que possuíssem componentes societários comuns, o que deveria ser analisado junto com outros fatores que, em conjunto, e em cada caso concreto, pudessem ser considerados como indícios de fraude à licitação. Destarte, para o relator, “*as situações expostas, portanto, são bem diversas da que se verifica nos presentes autos, em que se fez uma vedação* ***a priori****, ao arrepio da legislação aplicável, impedindo, sem uma exposição de motivos esclarecedora ou outros indícios de irregularidades, que empresas participassem do certame, ferindo, sem sombra de dúvidas, os princípios da legalidade e da competitividade, a que estão sujeitas as entidades do sistema ‘S*’”. Por conseguinte, votou o relator pelo não provimento dos agravos intentados, bem como pela manutenção da suspensão cautelar da Concorrência nº 4/2011, com o retorno do feito à unidade técnica, para prosseguimento das instrução processual, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 2136/2006, 1ª Câmara e 1793/2011, do Plenário. ***Acórdão n.º 2341/2011-Plenário, TC-019.123/2011-6, rel. Min. Augusto Nardes, 31.08.2011.***

Contratação de bens e serviços de informática: 1 – De modo geral, a licitação para que sejam contratados bens e serviços de informática deve ocorrer por pregão

Representações foram apresentadas ao Tribunal, em face de possíveis irregularidades no Edital da Concorrência Pública nº 471/2009-00, do tipo técnica e preço, conduzida pelo Departamento Nacional de

Infra-Estrutura de Transportes - (DNIT), para contratação de empresa para executar serviços necessários ao controle viário nas rodovias federais, mediante a disponibilização, instalação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos, com coleta, armazenamento e processamento de dados estatísticos e dados e imagens de infrações, divididos em doze lotes. Dentre tais irregularidades, identificou-se que o objeto, tal como definido no edital do certame, não se enquadraria na condição de prestação de serviço de grande vulto, dependente de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 3º do art. 46 da Lei nº 8.666, de 1993, nem nas hipóteses referidas no **caput** do mesmo artigo e no § 4º do art. 45 da referida Lei, para que restasse justificado o uso do tipo técnica e preço. Nesse quadro, a unidade técnica destacou que o orçamento da Concorrência 471/2009, pela composição apresentada (52,8% - disponibilização de equipamentos/sistemas; 23,0% - manutenção de equipamentos/sistemas; 8,7% - processamento; 5,0% - infraestrutura; 4,6% - coordenação; 4,2% - seguro de equipamentos; 1,3% - atualização tecnológica; 0,5% - estudo técnico), denotaria não haver predominância de serviços de natureza intelectual, a indicar a adequação do tipo de licitação utilizado. Destacou, ainda, que tal ponto de vista estaria em linha com o do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o qual entenderia que bens e serviços de informática comuns são aqueles que envolvem a presença de duas características fundamentais: "*a disponibilidade e a padronização, isto é, aqueles que podem ser fornecidos a qualquer tempo, em face da existência de uma atividade empresarial estável, e suas qualidades e atributos são precedentemente definidos e de modo uniforme*". Para o relator inexistiria discricionariedade para o uso do pregão por parte do gestor público, que seria a modalidade, a princípio, a ser utilizada no caso concreto, "*uma vez que a licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrôni*ca", conforme precedentes jurisprudenciais do Tribunal. Por essa e por outras irregularidades, o relator, ao concluir pela procedência parcial da representação, votou por que fosse fixado o prazo de quinze dias para o DNIT suspender e corrigir as impropriedades do certame, bem ainda pela expedição de alerta à instituição, quanto a outros fatos aferidos no processo. Precedente citado: Acórdão 2471/2008, do Plenário. ***Acórdão n.º 2353/2011-Plenário, TC-022.758/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 31.08.2011.***

Contratação de bens e serviços de informática: 2 – Em licitação do tipo técnica e preço, a atribuição de pontuação ao critério tempo de atuação da licitante só é aceitável se feita em limites razoáveis, bem como se for conjugada com outros critérios que avaliem a experiência e a capacidade da licitante

Ainda com relação às representações que foram apresentadas ao Tribunal em face de possíveis irregularidades no Edital da Concorrência Pública nº 471/2009-00, do tipo técnica e preço, conduzida pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - (DNIT), diversas representantes apontaram que o critério Tempo de Atuação da Licitante - (TAL), um dos itens utilizados para a avaliação da capacidade técnica das empresas, seria ilegal, na forma definida pelo edital, por priorizar a condição particular das empresas proponentes, em detrimento da qualidade técnica do produto. Ao analisar a situação, a unidade responsável pelo feito apontou que, a partir da redação do inciso I do § 1º do art. 46 da Lei nº 8.666, de 1993, extrai-se que os critérios de avaliação de uma proposta técnica deveriam contemplar três aspectos: a) a capacidade e a experiência do proponente; b) a qualidade técnica da proposta; e c) a qualificação das equipes técnicas. No caso do edital da concorrência nº 471/2009, os critérios lá definidos evitariam a subjetividade. Seriam eles, então, parcialmente adequados, mas não suficientes. Primeiro, porque não existiria, no certame, um quesito para aferir a qualidade técnica da proposta, compreendendo a metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos. Depois, porque os quesitos também não abrangeriam as parcelas de maior relevância do orçamento (52,8% - Disponibilização de equipamentos/sistemas; 23,0% - manutenção de equipamentos/sistema; e 8,7% - processamento). E o peso dado na análise da proposta técnica à, por exemplo, disponibilização dos equipamentos (apenas 10% do total de pontos atribuídos para a nota técnica) seria desproporcional à parcela que os equipamentos representariam na composição do orçamento. Dessa forma, apenas com base em tais distribuições, seria possível concluir que os quesitos "*capacidade técnica da licitante e capacidade da equipe técnica não são suficientes para atender plenamente ao disposto no art. 46, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993, porquanto avaliam preponderantemente a experiência da licitante e do seu corpo técnico, com pouca ênfase sobre os equipamentos*". Destacou a unidade técnica, ainda, que "*especificamente nas licitações do DNIT, em duas oportunidades (Acórdãos nº 2.632/2007 e 1.993/2008, ambos do Plenário), concluiu-se que, nos casos examinados, o critério de pontuação técnica, denominado 'tempo de atuação do proponente' não causava prejuízos à competição, visto que estipulava limites razoáveis para pontuação".* Só que tais licitações,

destacou ainda a unidade instrutiva, destinavam-se à contratação de serviços técnicos de consultoria e de serviços de elaboração de projetos, e o critério era pontuado com, no máximo, 10 (dez) pontos. No caso concreto, entretanto, tratava-se de objeto que empregava equipamentos de informática com participação relevante no orçamento da contratação. Citando precedente da jurisprudência do Tribunal (Acórdão 481/2004), no qual se tratou exatamente de licitação para serviços técnicos de informática, destacou a unidade técnica ter o Tribunal entendido que o tempo de atuação da licitante não avaliava o seu desempenho, pois, conforme o relator do feito, *"na área de informática, a obsolescência de produtos e serviços ocorre muito rapidamente, fazendo com que o domínio sobre a tecnologia e, consequentemente, o desempenho independam do tempo de existência da empresa. Ademais, não vejo como se atribuir menor valor ao desempenho daquela empresa que, embora tenha executado o serviço em menor número de oportunidades, tenha feito a tarefa de forma plenamente satisfatória. Portanto, o critério afronta o princípio da isonomia, pois privilegia aspectos individuais das empresas concorrentes que não são determinantes da sua capacidade técnica em executar o objeto"*. Naquela oportunidade, na conclusão pela razoabilidade de se utilizar o tempo de atuação da licitante como um dos critérios de avaliação da capacidade técnica, levou-se em consideração que, no caso examinado, o critério não era responsável exclusivo pela pontuação da capacidade da proponente, bem como representava apenas 10% do total de pontos atribuíveis ao julgamento da proposta técnica. No presente caso, apesar de o objeto envolver o emprego de equipamentos de informática, seria pertinente, ainda conforme a unidade instrutiva, a aplicação do entendimento externado no Acórdão nº 481/2004-Plenário, dado que o critério TAL na Concorrência Pública nº 471/2009 fora pontuado com 20 (vinte) pontos e representara 50% do total da pontuação atribuída à capacidade técnica da licitante. Ao concordar com os exames procedidos pela unidade técnica, por essa e por outras irregularidades, o relator, ao concluir pela procedência parcial da representação, votou por que fosse fixado o prazo de quinze dias para o DNIT suspendesse o certame e corrigisse suas irregularidades, sendo que, no atinente à pontuação excessiva atribuída ao tempo de atuação da licitante (TAL), que lhe fosse dado peso proporcional, uma vez ter este representado 50% (cinquenta por cento) da nota atribuída ao quesito capacidade técnica da licitante, contrariando entendimento desta Corte, segundo o qual esse critério só é aceitável se for pontuado em limites razoáveis, bem como se for conjugado com outros critérios que avaliem a experiência e a capacidade da licitante. ***Acórdão n.º 2353/2011-Plenário, TC-022.758/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 31.08.2011.***

Contratação de bens e serviços de informática: 3 – Em licitação do tipo técnica e preço, é admissível a exigência de nota mínima para valorização da proposta, no que se refere aos quesitos de avaliação da proposta técnica

Também nas representações que foram apresentadas ao Tribunal, em face de possíveis irregularidades no Edital da Concorrência Pública nº 471/2009-00, do tipo técnica e preço, conduzida pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - (DNIT), uma das representantes contestou os quesitos de avaliação da proposta técnica, asseverando que eles assumiriam feição de itens eliminatórios na medida em que as empresas teriam de obter, no mínimo, 50% da nota máxima de cada um deles para não serem sumariamente desclassificadas. Ao examinar a situação, a unidade técnica consignou que, de fato, o subitem 18.4 do edital do certame disporia que seriam desclassificadas as propostas técnicas que não obtivessem o mínimo de 50% da nota total máxima para cada um dos quesitos julgados. Contudo, afirmou não vislumbrar irregularidade na fixação de uma pontuação mínima para as propostas técnicas, visto que o art. 46, § 1º, inciso II, da Lei nº. 8.666, de 1993, admitiria essa hipótese ao estabelecer que "*proceder-se-á à abertura das propostas de preços dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório"*. Assim, no ponto, a representação careceria de fundamento, para a unidade técnica, com o que concordaram o relator e o Plenário. Todavia, em razão de outras irregularidades, o relator, ao concluir pela procedência parcial da representação, votou por que fosse fixado o prazo de quinze dias para o DNIT suspender e corrigir as impropriedades do certame, bem ainda pela expedição de alerta à instituição, quanto a outros fatos aferidos no processo. Precedente citado: Acórdão 2471/2008, do Plenário. ***Acórdão n.º 2353/2011-Plenário, TC-022.758/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 31.08.2011.***

Na licitação para contratação de empresa especializada no fornecimento de vale alimentação, na forma de cartão eletrônico ou tecnologia similar, apesar de discricionária a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, o gestor deve estar respaldado em estudo técnico para fixar tal número, devendo reduzir a termo o referido estudo e juntá-lo aos autos do processo licitatório

Mediante Representação, o Tribunal examinou possíveis irregularidades na Concorrência nº 61/2011, conduzida conjuntamente pelos Departamentos Regionais de São Paulo do Serviço Social da Indústria – (Sesi/SP) e Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – (Senai/SP) com o intuito de contratar empresa especializada no fornecimento e manuseio de vale alimentação, apresentado na forma de cartão magnético ou tecnologia similar, para aquisição de produtos em estabelecimentos comerciais credenciados, em municípios situados no Estado de São Paulo. Dentre tais irregularidades, constou o número mínimo de estabelecimentos fixado no edital do certame, o qual, segundo a representante, seria exorbitante e conduziria à restrição do caráter competitivo da licitação, além de direcionar o resultado para empresa certa, já que, em seu entender, apenas uma atenderia a tal exigência. Para o relator, entretanto, apesar de a representante ter afirmado a exorbitância na estipulação do número mínimo de estabelecimentos credenciados por município, não teria trazido aos autos estudos técnicos ou quaisquer outros argumentos capazes de demonstrar a consistência do alegado. De outro lado, a jurisprudência do TCU, ainda consoante o relator, tem caminhado no sentido de que a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados se insere na atuação discricionária do gestor, pois a ele compete definir com precisão a real necessidade de atendimento aos beneficiários do vale alimentação. Mas, para tanto, embora tal exigência se refira ao juízo discricionário da Administração, não pode ser aleatória a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados. E, na espécie, não constou dos autos estudo ou perfil técnico que evidenciassem, de maneira clara, os critérios utilizados pelos gestores do Sesi/SP e do Senai/SP, para a definição de rede mínima de credenciados, embora se verificasse dos argumentos de defesa que na fixação de tal número foram sopesados alguns critérios. Por conseguinte, votou por que o TCU expedisse determinação às entidades para que, em futuras licitações promovidas para contratação de empresas especializadas na implementação de vale alimentação a seus empregados, explicitem e definam claramente, no processo atinente à licitação, os critérios técnicos referentes à fixação das quantidades mínimas de estabelecimentos ao recebimento dos referidos vales e que tais critérios sejam oriundos de levantamentos estatísticos, parâmetros e de estudo previamente realizados. Precedentes citados: Acórdãos nos 7083/2010, da 2ª Câmara, 115/2009 e 1071/2009, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 2367/2011-Plenário, TC-015.752/2011-9, rel. Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 31.08.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 13 e 14 de setembro de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Licitação para contratação de serviços de consultoria: 1 – Na hipótese de contratação de uma única empresa para elaboração de projeto básico de solução integrada e acompanhamento da sua implementação, a instituição pública contratante deve buscar medidas preventivas que visem garantir o atendimento do interesse público, de forma a se evitar a influência indevida da contratada na execução do objeto

Pedido de Reexame foi interposto pela Financiadora de Estudos e Projetos – (FINEP/MCT), contra o Acórdão nº 3359/2010-Plenário, o qual tratou, originariamente, de Representação formulada em face de indícios de irregularidade identificados na Concorrência nº 1/2010, do tipo técnica e preço, para a contratação de consultoria especializada, com o intuito de desenvolver solução integrada para modernização de processos e de sistemas da FINEP, denominada fase 5, e prestasse assessoria na gestão e no acompanhamento da implementação dessa mesma solução, identificada como fase 6. Dentre tais irregularidades, constou, na instrução preliminar, a contratação de uma única empresa para elaboração de projeto básico de solução integrada e posterior acompanhamento da sua implementação, o que poderia levar à possibilidade de a contratada influir no escopo dos serviços avençados, de molde a maximizar a sua remuneração, violando o art. 9º da Lei nº 8.666/1993. Diante dessa e de outras irregularidades, o Tribunal, apesar de reconhecer na etapa processual anterior a inexistência de irregularidades graves aptas a ensejar a paralisação cautelar do empreendimento, identificou riscos de a contratação resultar antieconômica e não atender ao interesse público, sobretudo pela possível fragilidade no controle dos gastos avençados e de eventual dependência da contratante em relação à metodologia da solução integrada proposta pela empresa a ser contratada. Por isso, expediu diversas determinações e recomendações, além de alertas à FINEP, dentre os quais constou o registro quanto ao risco da possível influência da contratada na execução da avença. Ao examinar os argumentos apresentados pelos recorrentes, o relator consignou em seu voto que a minimização de tal risco estaria a depender muito mais "*de um grau de maturidade técnica e de análise crítica dos setores competentes da FINEP encarregados da fiscalização da avença, no sentido de avaliarem as propostas de serviços e produtos a serem implementada na fase 6, evitando, assim, gastos desnecessários*". De qualquer modo, ainda para o relator, a questão remeteria ao próprio modelo de contratação adotado pela FINEP para implementação da solução integrada de seus processos organizacionais. Para concretização desse desiderato, o qual envolveria uma ampla gama de competências e um extenso escopo de revisão institucional, a opção da

FINEP de utilizar um banco de horas de profissionais de alto nível (consultores sênior, pleno e júnior) teria sido feita a fim de dar cabo aos produtos e serviços contratados. A partir de todo o quadro fático, concluiu o relator ser justificável as precauções apresentadas na instrução processual anterior, tendo em conta, ainda, as fragilidades verificadas na elaboração do orçamento prévio da licitação e no dimensionamento do referido banco de horas. Por isso, manteve o alerta expedido por ocasião da prolação do Acórdão 3359/2010, de modo a informar à FINEP para a necessidade da adoção de medidas preventivas que pudessem garantir o interesse público durante a execução do objeto da Concorrência nº 01/2010, de forma a se evitar a influência indevida da contratada. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 2430/2011-Plenário, TC-012.952/2010-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 14.09.2011.***

Licitação para contratação de serviços de consultoria: 2 – Na análise da compatibilidade do preço final com os de mercado, deve ser composta planilha com todos os itens envolvidos, incluindo, se possível, custos administrativos, sociais, trabalhistas e lucro
Ainda no pedido de Reexame que foi interposto pela Financiadora de Estudos e Projetos – (FINEP/MCT), contra o Acórdão nº 3359/2010-Plenário, o qual tratou, originariamente, de Representação formulada em face de indícios de irregularidade identificados na Concorrência nº 1/2010, do tipo técnica e preço, para a contratação de consultoria especializada, com o intuito de desenvolver solução integrada para modernização de processos e de sistemas da FINEP, os recorrentes manifestaram insatisfação com a relação à determinação constante da deliberação anterior, para que realizassem análise detalhada da compatibilidade do preço final com os de mercado, levantando em planilhas todos os itens envolvidos, incluindo custos administrativos, sociais, trabalhistas e lucro. Para eles, os detalhamentos quanto à composição dos preços seriam estratégicos e a FINEP não teria meios para exigi-los. Informações como salários e benefícios dos funcionários (custos trabalhistas), custos administrativos e, principalmente, lucro das empresas dificilmente poderiam ser obtidos pela Empresa Pública. Além disso, teriam sido procedidas cotações no momento da formação do orçamento, inclusive com a comparação com tabela de formação de preços vigente da Associação Brasileira de Consultores em Engenharia, sendo certo, para os recorrentes, que estas teriam sido suficientes para conclusão acerca da regularidade do certame. Aditou-se, ainda, que a FINEP não possuiria instrumentos para compelir empresas que sequer contratarão com a estatal a informá-la a respeito de seus custos trabalhistas, administrativos e lucro. Assim, a determinação de aferição de compatibilidade do preço final com o de mercado, na norma determinada pelo TCU, seria desprovida de razoabilidade e de difícil cumprimento. O que poderia ser admitido, ainda para os recorrentes, seria a comparação entre o preço final obtido com a média das cotações obtidas no momento da formação do orçamento. Isto porque a média de cotações consubstanciaria o preço máximo de cada produto ou serviço contratado, no modo de ver dos recorrentes. Ao examinar o assunto, o relator consignou que "*diferentemente das licitações para realização de obras em que tanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias como sólida jurisprudência do TCU têm exigido a parametrização dos custos pelos valores dos sistemas de preço referência (SICRO/SINAPE, dentre outros), incluindo a análise da composição dos custos unitários dos serviços e obras, além do BDI, não há norma ou regulamentação que exijam o mesmo nível de detalhamento para a prestação de serviços de consultoria empresarial*". Nada impediria, porém, ainda para o relator, que "*a FINEP busque, cada vez mais, aprimorar a aferição dos preços desses serviços, de molde a extrair as margens usualmente praticadas para os custos administrativos, lucro e outras despesas da empresa*". Por conseguinte, ao votar pela manutenção da determinação anterior, o relator manifestou-se por que fosse ajustada sua redação, de forma que Finep, em relação à Concorrência nº 01/2010, realizasse análise detalhada da compatibilidade do preço final com os de mercado, levantando em planilhas todos os itens envolvidos, incluindo, se possível, custos administrativos, sociais, trabalhistas e lucro. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 2430/2011-Plenário, TC-012.952/2010-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 14.09.2011.***

Empresa não pode ser impedida de participar de licitação por estar em litígio judicial com a instituição contratante
Representação formulada ao Tribunal apontou possíveis irregularidades no Pregão Presencial 22/2011, promovido pelo Serviço Social do Comércio – (SESC/SP), tendo por objeto o registro de preços para fornecimento de suprimentos de informática para diversas unidades do SESC na Capital, Grande São Paulo e Litoral. Dentre tais irregularidades, constou a aposição de cláusula no instrumento convocatório que impediria a participação no certame das empresas que se encontrassem em litígio judicial com o SESC. Para o relator, tal dispositivo implicaria limitação de direito constitucional que não poderia ser afastado sequer por lei, segundo o que prevê o inc. XXXV do art. 5º da Carta Magna. De modo a sanar a situação, votou o relator

por que se expedisse determinação ao SESC de que, em futuros torneios licitatórios, abstenha-se de vedar a participação de empresas que estejam em litígio judicial com a entidade, dado que a proibição, além de não contar com fundamento legal, afrontaria os princípios da impessoalidade e da competitividade. Além disso, propôs que o assunto fosse levado ao conhecimento da Administração Nacional do SESC sobre o entendimento desta corte de contas acerca do assunto, de modo que suas unidades regionais também pudessem tomar conhecimento. As proposições foram aprovadas pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2434/2011-Plenário, TC-008.583/2011-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 14.09.2011.***

A utilização de Pregão é inadequada para a contratação de serviços técnicos especializados de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras, quando considerados de alta complexidade

Representação noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 033/2010, promovido pela Companhia Docas do Espírito Santo - (CODESA), cujo objeto consistiu na contratação de empresa para a execução de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento das obras de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do cais comercial do porto de Vitória (ES). Para a representante, o objeto do certame não poderia ser classificado como serviço de natureza comum, sendo impróprio o uso do pregão, neste quadro, pois o serviço pretendido seria de elevada complexidade técnica. Promovida a oitiva da CODESA, a empresa alegou, dentre outros fatos, que a escolha da modalidade de licitação teria sido amplamente discutida, tendo a entidade chegado à conclusão de que sua área de engenharia não teria demonstrado a presença de quesitos de técnica que sustentassem a forma de julgamento intencionado originalmente (melhor técnica e preço), nem sustentar que os serviços seriam de natureza predominantemente intelectual. Além disso, a própria obra dos berços 101 e 102 teria sido licitada na modalidade concorrência do tipo menor preço. A CODESA citou, ainda, entendimento do TCU de ser vedada a utilização da licitação tipo técnica e preço, quando não estiver caracterizada a natureza predominante intelectual de maior parte do objeto que se pretende contratar. O próprio TCU, ainda de acordo com a CODESA, tem realizado licitações que, a seu ver, seriam semelhantes à procedida pela estatal, e, para tanto, utilizando-se do pregão eletrônico. Após instrução inicial do feito, o relator resolveu submeter o processo à unidade especializada do Tribunal, a qual consignou não vislumbrar similaridade entre o serviço contratado pelo Tribunal (apoio à fiscalização de obras promovidas pelo TCU em todo território nacional) e o pretendido pela Codesa (execução de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento das obras de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do Cais Comercial do Porto de Vitória/ES), posto que o objeto do pregão eletrônico realizado pelo TCU trataria de fiscalização de obras de edificação de forma geral e o promovido pela Codesa abordaria gerenciamento, supervisão, fiscalização e acompanhamento de obra portuária. Com relação à obra, em si, destacou a unidade instrutiva já haver o TCU debatido o tema, ao examinar indícios de irregularidades apontados na Concorrência 003/2009, também realizada pela Codesa, para a contratação de empresa de engenharia especializada para execução dos serviços de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do cais comercial do Porto de Vitória (TC 028.208/2009-7). A partir de informações extraídas das etapas processuais anteriores, a unidade instrutiva informou que, a CODESA estaria impedida de valer-se unicamente do critério de menor preço para escolha da proposta mais vantajosa, regente da modalidade pregão, uma vez se tratar de fiscalização de obra considerada complexa pela própria Companhia Docas, natureza que teria sido evidenciada quando da exigência da apresentação da metodologia de execução pelos participantes do certame licitatório para contratação da obra portuária. Ao acolher como razões de decidir os exames da unidade técnica, o relator, no seu voto, anotou que, pelo averiguado, o serviço de fiscalização das obras do cais comercial do porto de Vitória não poderiam ser considerados comuns, e, bem por isso, não poderiam ser contratados mediante pregão. Os documentos de referência para a contratação, ainda para o relator, "*quando muito, relacionam as especificações da obra do porto e as séries de normas técnicas aplicáveis a sua execução, as quais, de per si, não se confundem com especificações usuais de mercado a definirem os padrões de desempenho e qualidade do serviço*". De mais a mais, registrou o relator que, "*em que pese irregular o processo licitatório, a ampla discussão promovida no âmbito da CODESA acerca da melhor solução para o caso afasta a atribuição de má-fé aos gestores responsáveis*", e, por conseguinte, votou por que fosse levado à ciência da entidade que "*a utilização de Pregão é inadequada para a contratação de serviços técnicos especializados de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras, quando considerados de alta complexidade, não devendo ser adotada em licitações futuras*", no que contou com a anuência do Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2391/2007, do Plenário. ***Acórdão n.º 2441/2011-Plenário, TC-013.796/2010-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 14.09.2011.***

Sessões: 20 e 21 de setembro de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Licitação de obra pública: 1 – A abertura de oportunidade para apresentação de nova proposta de preços apenas à licitante vencedora da licitação, quando todas as propostas estiverem acima dos valores estimados pela instituição contratante, viola o inciso II e § 3º do art. 48
Auditoria efetuada pelo Tribunal junto às Superintendências Regionais do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA em Belém-PA e Santarém-PA, com vistas a fiscalizar a execução de obras de Urbanização de Projetos de Assentamentos. Dentre as razões que levaram à audiência de diversos responsáveis, constou a aceitação e a classificação de propostas apresentadas em uma licitação, com valores superiores aos custos estimados no projeto básico, com posterior abertura, somente à primeira colocada, de oportunidade de oferta de redução do valor da proposta, atinente ao projeto básico. Para o relator, tal procedimento teria violado o art. 48, inciso II e § 3º, da Lei nº 8.666/1993, pois "*embora os responsáveis tenham alegado que foi dada oportunidade de redução de preços a todas as licitantes, tal afirmativa não foi acompanhada de qualquer documento comprobatório*". Por outro lado, ainda para o relator, "*os elementos trazidos aos autos pela equipe de auditoria demonstram que a possibilidade de alteração da proposta original foi disponibilizada somente às licitantes vencedoras de cada lote*". Diante dessa e de outras irregularidades, entendeu o relator não merecerem ser acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, razão pela qual votou por que lhes fosse aplicada multa, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2528/2011-Plenário, TC-010.428/2009-0, rel. Min. José Jorge, 21.09.2011.***

Licitação de obra pública: 2 – Ainda que não haja vedação legal para a participação em concorrências de empresas com sócios em comum, a fraude à licitação, decorrente da frustração ao caráter

competitivo e da quebra do sigilo das propostas, enseja a declaração de inidoneidade das empresas pertencentes a uma mesma pessoa

Ainda na auditoria efetuada pelo Tribunal junto às Superintendências Regionais do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA em Belém-PA e Santarém-PA, outra irregularidade que levou à audiência dos responsáveis foi a não observância, na Concorrência nº 02/2008, da composição societária de duas empresas, as quais, conforme os documentos de habilitação, pertenceriam a uma mesma pessoa. Ao tratar do assunto, o relator, em seu voto, destacou que, em recente deliberação, o Tribunal ratificou entendimento de que "*não há vedação legal para a participação, em concorrências, de empresas com sócios em comum, devendo, entretanto, tal informação ser confrontada com outras no decorrer do processo licitatório*". Na espécie, ainda consoante o relator, "*constatou-se que as empresas apresentaram propostas com coincidência de texto, aí incluídos incorreções textuais e valores grafados, sendo também muito próximos os preços por elas oferecidos, nos lotes VI e VIII, em que eram as únicas participantes, o que obviamente deveria ter chamado a atenção dos responsáveis pelo certame, ante o comprometimento da lisura do certame pela frustração ao caráter competitivo e o princípio do sigilo das propostas*". Além disso, para o relator, "*diante da configuração de fraude à licitação, afigura-se-me pertinente a declaração de inidoneidade das referidas empresas, conforme proposto pela unidade técnica*". Assim, diante dessa e de outras irregularidades, entendeu o relator não merecerem ser acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, razão pela qual votou por que lhes fosse aplicada multa, no que foi acompanhado pelo Plenário, que também anuiu à proposta de declaração de inidoneidade das empresas participantes da fraude. ***Acórdão n.º 2528/2011-Plenário, TC-010.428/2009-0, rel. Min. José Jorge, 21.09.2011.***

Para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal

Mediante pedidos de reexame, diversos responsáveis manifestaram seu inconformismo contra o Acórdão nº 170/2011-Plenário, por meio do qual o Tribunal rejeitou as razões de justificativa por eles apresentadas, aplicando-lhes multa. Na oportunidade, ao examinar o edital da Concorrência nº 01/2004-CPLO/SUPEL/RO, lançada pelo Departamento de Viação e Obras Públicas (DEVOP/RO), via Superintendência Estadual de Licitações, para contratação de serviços de conservação de rodovias, constatou-se que ele não continha o necessário projeto básico, apto a orientar a execução dos serviços, em violação ao inc. I do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/1993. Em consequência de tal ausência, bem como de projeto executivo, teria havido supressão unilateral nos contratos resultantes do certame de serviços considerados desnecessários, com redução de 18% a 41% do valor originalmente contratado, e acréscimos com percentuais variando de 22% a 56%, em afronta à alínea 'b' do inc. I do art. 65, c/c o § 1º do art. 65, da Lei nº 8.666/1993. Para a unidade técnica responsável pelo feito, a irregularidade consistiria no fato de *"os termos aditivos aos contratos da CP 01/2004-CPLO/SUPEL/RO não terem considerado em sua memória de cálculo o percentual de supressão de serviços separadamente do percentual de acréscimo, e que a metodologia utilizada pelo DEVOP/RO demonstra que houve uma compensação entre supressões e acréscimos, sendo o resultado encontrado aditivado"*. Já para o relator, além de violação à norma legal, "*tal procedimento não encontra guarida na jurisprudência do TCU, tendo sido consolidado, no âmbito desta Corte, o entendimento de que, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93, devem ser consideradas as reduções e supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no supracitado dispositivo legal*". Por conseguinte, votou pelo não provimento dos pedidos de reexame manejados, no que foi acompanhado pelos demais ministros. ***Acórdão n.º 2530/2011-Plenário, TC-015.678/2005-3, rel. Min. José Jorge, 21.09.2011.***

No caso de não ser possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais para a estimativa de custos em processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa de preços contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado. Caso não seja possível obter esse número de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada

Representação noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no âmbito do Pregão Eletrônico nº 62/2011, promovido pela Universidade Federal de Santa Catarina – (UFSC), cujo objeto consistiu na aquisição de

caldeirões autogeradores de vapor para uso no restaurante universitário da instituição. Ao examinar os fatos, a unidade técnica responsável pela instrução apresentou evidências que o orçamento estimativo, que serviu de base para a negociação por parte da pregoeira incumbida do certame, teria sido elaborado de forma irregular. No quadro fático, indicou a unidade instrutiva que as três empresas consultadas para suposta pesquisa de preços em âmbito nacional estariam localizadas em Porto Alegre, sendo que uma delas, além de não possuir registro no Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – (SICAF), teria por área de atuação, no cadastro informado junto à Receita Federal, serviços de engenharia. Em outra constatação, a unidade técnica apontou que o endereço das outras duas empresas consultadas para a formação do preço estimativo seria o mesmo. Diante de tais considerações, para o relator, "*é forçoso concluir que a pesquisa empreendida pela UFSC não pode ser considerada válida, mormente quando se constata que 'das três empresas que cotaram, uma não possui nenhuma evidência de que seja do ramo, enquanto que as outras duas são, a rigor, uma só, entre outras razões, por possuírem o mesmo sócio administrador e mesmo endereço comercial'*". Ante a ausência de adequada pesquisa de preços, ainda para o relator, não seria possível aferir, portanto, se, a proposta adjudicada e homologada no Pregão 62/2011 é a melhor para a Administração, o que poderia resultar em dano aos cofres públicos. Registrou o relator, ainda, que a jurisprudência do TCU é no sentido de que "*no caso de não ser possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais para a estimativa de custos que antecederem os processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa de preços contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado. [...] caso não seja possível obter esse número de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada*". Por conseguinte, votou, e o Plenário aprovou, por que fosse determinado determinar à UFSC a anulação dos atos relativos ao Pregão Eletrônico nº 62/2011, cujos procedimentos somente poderão ser reiniciados mediante a realização de nova pesquisa de preços de mercado com, no mínimo, três empresas do ramo e na abrangência territorial adequada. Precedente citado: Acórdão nº 1266/2011-Plenário. ***Acórdão n.º 2531/2011-Plenário, TC-016.787/2011-0, rel. Min. José Jorge, 21.09.2011.***

A composição do BDI deve ser estabelecida de acordo com o tipo de obra pública a ser contratada, conforme as premissas teóricas estabelecidas no Acórdão nº 2369/2011, do Plenário do Tribunal
Mediante consulta, o então Ministro de Estado das Cidades formulou questionamentos ao Tribunal, no tocante a vários assuntos relacionados a procedimentos a serem adotados por aquele Ministério no que concerne às descentralizações de recursos orçamentários efetivadas para entes federados, em especial aqueles liberados por intermédio da Caixa Econômica Federal – (CAIXA), com pactuação de contratos de repasse ou termos de compromisso. Após ponderação do relator, os assuntos a serem examinados pelo TCU foram divididos em diversos grupos temáticos, sendo um deles relativo aos "Gastos com Taxa de Bonificação e Despesas Indiretas – BDI", com relação ao qual foi apresentada dúvida de se os percentuais para BDI fixados no Acórdão n. 325/2007 – Plenário seriam aplicáveis para qualquer tipo de obra ou deveriam ser observados somente em obras de linhas de transmissão ou de subestações. A respeito disso, o relator registrou que "*há peculiaridades de cada empreendimento que repercutem no cômputo das despesas que compõem o BDI, de tal forma que não é tecnicamente adequado utilizar o Acórdão n. 325/2007 – Plenário em outros tipos de obras que não sejam de implantação de linhas de transmissão de energia elétrica e de subestações*". Contudo, destacou que, na prolação do Acórdão nº 2369/2011, do Plenário, foram mantidas as premissas teóricas que embasaram o Acórdão n. 325/2007–Plenário, com ajustes no tocante à fórmula adotada para o cálculo da taxa de BDI. Assim, deveriam ser estabelecidas, no entender do relator, várias faixas de aceitabilidade para os itens que compõem o BDI de cada um dos seguintes tipos de obras: edificação (construção e reforma); obras hídricas (irrigação, canais, saneamento básico, redes adutoras, estações de tratamento e elevatórias); obras portuárias (estruturas portuárias); obras aeroportuárias (pátios, pistas de pouso, terminais de passageiros), conforme os entendimentos contidos no Acórdão nº 2369/2011-Plenário**, decisum** o qual, ainda, determinou a instauração no âmbito do Tribunal de grupo interdisciplinar, para realizar análise pormenorizada das composições do BDI para os diversos tipos de obras especificados, com vistas a se verificar se há necessidade de serem efetuados ajustes futuros. Por conseguinte, propôs o relator que fosse respondido ao consulente que, até que este Tribunal delibere acerca das conclusões do grupo de trabalho formado em atendimento ao Acórdão n. 2.369/2011– Plenário, os parâmetros a serem utilizados pelo Ministério das Cidades para análise da adequabilidade das taxas de BDI pactuadas em obras custeadas com recursos federais devem ser, além dos referenciais contidos no item 9.2 do Acórdão n. 325/2007 – Plenário, estritamente para obras de linhas de transmissão de energia elétrica e de subestações, as tabelas indicadas no subitem 9.3.2 do Acórdão n. 2.369/2011– Plenário específicas para cada tipo de empreendimento, o que foi

aprovado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2545/2011-Plenário, TC-030.336/2010-4, rel. Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 21.09.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 27 e 28 de setembro de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

PLENÁRIO

O uso de programas "robô" por parte de licitante viola o princípio da isonomia

Mediante monitoramento, o Tribunal tratou do acompanhamento do Acórdão nº 1647/2010, do Plenário, que versou sobre a utilização de dispositivos de envio automático de lances (robôs) em pregões eletrônicos conduzidos por meio do portal Comprasnet, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). No Acórdão monitorado, o Tribunal concluiu que, em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet: *"a) é possível aos usuários de dispositivos de envio automático de lances (robôs) a remessa de lances em frações de segundo após o lance anterior, o que ocorre durante todo o período de iminência do pregão; b) com a possibilidade de cobrir lances em frações de segundo, o usuário do robô pode ficar à frente do certame na maior parte do tempo, logrando assim probabilidade maior (e real) de ser o licitante com o lance vencedor no momento do encerramento do pregão, que é aleatório; c) ciente dessa probabilidade, que pode chegar a ser maior que 70%, o licitante usuário do robô pode simplesmente cobrir os lances dos concorrentes por alguns reais ou apenas centavos, não representando, portanto, vantagem de cunho econômico para a Administração*". Para o relator, os fatos configurariam a inobservância do princípio constitucional da isonomia, visto que "*a utilização de software de lançamento automático de lances (robô) confere vantagem competitiva aos fornecedores que detêm a tecnologia em questão sobre os demais licitantes*", sendo que as medidas até então adotadas pela SLTI/MPOG teriam sido insuficientes para impedir o uso de tal ferramenta de envio automático de lances. Além disso, como as novas providências para identificar alternativa mais adequada para conferir isonomia entre os usuários dos robôs e os demais demandariam tempo, e a questão exigiria celeridade, entendeu o relator que MPOG poderia definir provisoriamente, por instrução complementar e mediante regras adicionais para a inibição ou limitação do uso dos robôs, de maneira a garantir a isonomia entre todos os licitantes, nos termos do art. 31 do Decreto nº 5.450/2005, razão pela qual apresentou voto nesse sentido, bem como por que o Tribunal assinasse o prazo de 60 dias para que a SLTI implementasse mecanismos inibidores do uso de dispositivos de envio automático de lances em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2601/2011-Plenário, TC-014.474/2011-5, rel. Min. Valmir Campelo, 28.09.2011.***

A aplicação da sanção de declaração de inidoneidade por conta de fraude à licitação depende da efetiva comprovação desta

Representação ao Tribunal deu conta de pretensas irregularidades no Pregão Eletrônico 014/NTAF/SBNT/2010, realizado pela Superintendência da Infraero no Aeroporto Internacional Augusto

Severo, no Estado do Rio Grande do Norte, tendo como objeto a contratação de empresa para prestação de serviço de atendimento médico de emergência a passageiros, tripulantes e demais usuários, vítimas de mal súbito, H-24, inclusive sábados, domingos e feriados. Segundo a representante, teriam ocorrido várias irregularidades na condução do certame, a começar pela "*estranha homologação*" do objeto do certame a "*uma empresa que não é do ramo da prestação de serviços de medicina*", e que, em consequência, não poderia atuar no atendimento de urgência. Para esclarecimento dos fatos, o Tribunal promoveu a audiência dos responsáveis e da empresa que, supostamente, fora beneficiada indevidamente com a homologação da licitação, tendo a unidade técnica concluído pela necessidade de aplicação de declaração de inidoneidade da empresa que, supostamente, fraudara o certame, em virtude de ter apresentado declaração de capacidade técnica relativa a serviços na área de saúde em geral, quando o Edital do Pregão exigia serviços especializados na área de atendimento médico de emergência, e, ademais, por atuar em ramo de atividade completamente distinto do objeto de seu contrato social registrado na Junta Comercial do Rio Grande do Norte. O relator, todavia, dissentiu da proposta da unidade instrutiva. Para ele, como houve a confirmação do conteúdo dos atestados por parte de todas as instituições emitentes, não haveria que se falar de fraude, sendo a efetiva comprovação desta condição **sine qua non** para a declaração de inidoneidade da licitante, e, não havendo nos autos indícios suficientes para constituir prova da falsidade das declarações, descaberia a aplicação de tal penalidade à empresa. O relator afastou, ainda, a aplicação de multa aos responsáveis pela condução do certame, ante à ausência de indícios de que tenham agido de forma dolosa ou de que suas condutas resultaram em prejuízo ao erário ou à integridade dos usuários do Aeroporto Augusto Severo. Conforme as razões expostas pelo relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 2608/2011-Plenário, TC-027.148/2010-6, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 28.09.2011.***

A contratação direta com base na emergência prevista no inc. IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 deve ser adequadamente justificada, de maneira a se afastar qualquer tipo de dúvida quanto à regularidade no uso do dispositivo

Mediante representação que noticiou ao TCU irregularidades em processo de contratação por dispensa de licitação, em caráter emergencial, de empresa para execução das obras de reforma e adequação do antigo terminal de cargas da empresa Vasp, no Aeroporto de Guarulhos/SP, de modo a transformá-lo em terminal remoto de passageiros, apurou-se o fato de a contratação ter se fundamentado na emergência prevista no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Para o relator, a situação deveria ser analisada sob dois aspectos: a ocorrência da suposta situação emergencial e a possível falta de planejamento, que levara à contratação emergencial. Quanto a este último, concluiu o relator que deveria ser ouvido o Presidente da Infraero em 2009 e 2010, período em que o aeroporto experimentava expressivo crescimento no volume de passageiros processados, sendo que as medidas tomadas naquele tempo para aumentar sua capacidade teriam se mostrado incipientes, sem atacar o problema do excesso de passageiros de maneira efetiva, culminando com a alegada situação de emergência que fundamentou a dispensa da licitação. Já com relação à alegada emergência, considerou o relator não ter ficado esta devidamente comprovada, "*porquanto não evidenciado que haviam se esgotado todas as medidas possíveis de serem adotadas e, ainda assim, permanecesse a possibilidade de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares*". Para o relator, "*se houvessem sido implementadas tais medidas e outras que se mostrassem adequadas e viáveis, poderia não haver a necessidade da contratação açodada da obra, sob a justificativa de atender a possível demanda superior à capacidade existente no momento*". Por conseguinte, votou por que se promovesse a audiência do atual dirigente da Infraero, para que apresentasse as razões de justificativas sobre a contratação realizada, com dispensa de licitação, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, porquanto não demonstrado, adequadamente, o enquadramento da situação de emergência, nos contornos delineados no mencionado dispositivo legal e na jurisprudência do Tribunal. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 2614/2011-Plenário, TC-020.880/2011-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 28.09.2011.***

As exigências de qualificação técnica devem ser objetivamente definidas no edital, sob pena de violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Mediante auditoria realizada nas obras de implantação do perímetro de irrigação Araras Norte - 2ª etapa, no Estado do Ceará, sob responsabilidade do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – (DNOCS), uma das irregularidades apuradas por equipe do Tribunal consistiu no estabelecimento, como critério para a habilitação técnica dos licitantes, da apresentação de atestados que comprovassem a execução de um conjunto de serviços considerados de maior relevância e valor significativo na obra em contratação. No

edital, entretanto, não haveriam sido definidos os quantitativos mínimos que os atestados deveriam comprovar, e, quando da avaliação da qualificação técnica dos licitantes, o DNOCS arbitrara quantidades mínimas dos referidos serviços para verificar se os licitantes atenderiam aos critérios de habilitação. De tal situação, teve-se como resultado a inabilitação de seis dos oito licitantes, o que, para o relator, evidenciaria que o critério de qualificação técnica adotado não observara o princípio de vinculação ao instrumento convocatório, tendo sido decisivo para a inabilitação da maioria dos licitantes. Por conseguinte, por considerar que a irregularidade seria grave, votou o relator por que o Tribunal ouvisse em audiência o chefe da divisão de licitações do DNOCS, sem prejuízo do encaminhamento de outras determinações à instituição. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão n.º 2630/2011-Plenário, TC-013.453/2011-4, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 28.09.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 4 e 5 de outubro de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

Contratações públicas: 1 – Rapidez e praticidade, *per si*, não sustentam a viabilidade jurídica de contratação sem licitação, em especial se já houve pronunciamento anterior do Tribunal no qual se determinou expressamente à instituição pública que realizasse o devido processo licitatório
Mediante recursos de reconsideração, responsáveis da Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais – (CPRM), se insurgiram contra decisão proferida pelo Tribunal em sede de prestação de contas, na qual a Corte entendeu irregulares as contas apresentadas, bem como lhes aplicara multa, em face, dentre outros fatos, do descumprimento de decisão do TCU, caracterizado pela aprovação e assinatura do oitavo termo aditivo ao contrato de concessão do restaurante à Associação de Empregados do Escritório do Rio de Janeiro, não obstante o subitem 1.1.1.3 do acórdão 2.666/2004, da 1ª Câmara, conter determinação à CPRM de que se abstivesse de renovar o contrato de cessão do restaurante. Ao examinar os argumentos recursais, o relator considerou frágil a alegação de que a mencionada prorrogação contratual visou a proporcionar "*solução rápida, prática e principalmente econômica aos empregados da CPRM, além de favorecer-lhes a produtividade, já que a localização do órgão não oferece opções próximas*". No seu entender, tais fatores não justificariam o afastamento da obrigação de licitar, "*especialmente quando se está diante de expresso pronunciamento da corte de contas federal nesse sentido*". Além disso, os benefícios apontados pelos recorrentes, ainda conforme o relator, não dependeriam exclusivamente da contratação da Associação dos Empregados da CPRM, podendo ser alcançadas também mediante procedimento licitatório. Por conseguinte, votou pelo não provimento dos recursos manejados, no que foi acompanhado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2673/2011-Plenário, TC-015.123/2011-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 05.10.2011.***

Contratações públicas: 2 – Na contratação fundamentada na inexigibilidade de licitação prevista no inc. II do art. 25 da Lei 8.666/1993 devem restar comprovadas a inviabilidade da competição, a natureza singular dos objetos contratados e a compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, sendo que a simples apresentação de currículos não se presta, por si só, a demonstrar a notória especialização do contratado
Outra irregularidade observada na mencionada prestação de contas da CPRM fora a assinatura dos contratos 62/PR/05, 83/PR/05 e 126/PR/05, por intermédio de inexigibilidade de licitação fundamentada no inc. II do art. 25 da Lei 8.666/1993, eis que não teriam restado demonstradas, nos respectivos processos licitatórios, a inviabilidade da competição, a natureza singular dos objetos contratados e a compatibilidade dos preços

contratados com os praticados no mercado. Para o relator, as alegações lançadas nos recursos não se prestariam a demonstrar o preenchimento dos necessários requisitos legais. Citando decisão anterior do Tribunal, o relator registrou que "*a simples apresentação de currículos não se presta, por si só, a comprovar a notória especialização do contratado, especialmente considerando que tais elementos de convicção não indicam necessariamente se tratar de profissional com estilo ou uma marca pessoal inconfundível e exclusiva no mercado, tornando seu trabalho essencial e indiscutivelmente o mais adequado para atender o interesse da companhia*". Além disso, não seria possível concluir pela singularidade dos serviços contratados baseando-se apenas nas informações de que os trabalhos a serem executados por intermédio das contratações por inexigibilidade estariam diretamente ligados às pesquisas hidrogeológicas que seriam desenvolvidas, justificativa apresentada em dois dos contratos, e existiria correlação entre o trabalho a ser desenvolvido no terceiro contrato e a tese de doutorado da contratada por inexigibilidade de licitação. Quanto aos preços praticados, ainda consoante o relator, não foram apresentados quaisquer elementos que servissem de parâmetro para avaliar a compatibilidade entre os preços contratados e os de mercado, tendo sido apenas informado que os valores acordados teriam sido objeto de negociação, estando abaixo dos preços praticados no mercado ou que eles estariam compatíveis com os padrões de consultoria pagos pela companhia. Por conseguinte, votou pelo não provimento dos recursos manejados, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão 2.217/2010, do Plenário. ***Acórdão n.º 2673/2011-Plenário, TC-015.123/2011-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 05.10.2011.***

O início de procedimento licitatório cujo valor estimativo seja superior a 150 milhões de reais deve ser antecedido da audiência pública, ante o que estabelece o art. 39 da Lei 8.666/1993
Por meio de auditoria realizada nas obras de construção da Ferrovia Norte-Sul (FNS), extensão sul, no trecho entre Ouro Verde de Goiás e Estrela do Oeste no estado de São Paulo, levadas à efeito pela Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A, o Tribunal verificou, dentre outras potenciais irregularidades que levaram à oitiva de diversos responsáveis da estatal, a abertura do procedimento licitatório referente às obras, sem que fosse promovida a audiência pública estabelecida no art. 39 da Lei 8.666/1993, que seria obrigatória, em face do valor envolvido. Para a unidade técnica, a despeito da não realização da audiência não ter restringido a concorrência na licitação, teria havido gravidade suficiente em tal omissão por parte dos gestores da Valec a justificar sua apenação com a multa prevista na Lei Orgânica do TCU, do que, entretanto, divergiu o relator. Para ele, apesar de as defesas apresentadas serem insuficientes para justificarem a não realização da audiência, as condutas percebidas não determinariam aplicação de multas aos responsáveis, já que não haveria notícia nos autos de que a falha tivesse acarretado outros problemas para o empreendimento. Por conseguinte, apesar de não encampar a proposta da unidade técnica de se aplicar multa aos responsáveis, votou o relator por que fosse dado ciência à Valec de que o "*início de procedimento licitatório cujo valor estimado de contratação seja superior ao limite estipulado no art. 39 da Lei 8.666/93 deve ser antecedido da audiência pública prevista naquele dispositivo legal*", no que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 2690/2011-Plenário, TC-010.098/2010-0, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 05.10.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessão: 25 de outubro de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

Para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal.

Contratação de obra pública:

1 - Os itens administração local, instalação de canteiro e acampamento e mobilização e desmobilização de obra não devem compor o BDI, mas sim constar da planilha orçamentária de forma destacada.

2 - O fornecimento pela empresa contratada de materiais ordinariamente utilizados na confecção de obras, como ‘Tubo de PVC rígido para esgoto predial de 100 mm’, não demanda a realização de procedimento licitatório autônomo para aquisição desse material, nem a incidência sobre seu respectivo valor de percentual de BDI inferior ao do contrato da obra.

A permuta de terreno pertencente à entidade da Administração Pública por unidades imobiliárias a serem nele construídas futuramente não se insere na hipótese de dispensa de licitação prevista na alínea ***c*** do inciso I do art. 17 da Lei n. 8.666/1993, devendo ser, portanto, precedida de procedimento licitatório na modalidade concorrência.

PLENÁRIO

Para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, por meio de pedido de reexame interposto nos autos de processo de monitoramento, pediu a reforma de determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão nº 749/2010, parcialmente alterado pelo Acórdão nº 591/2011-TCU – Plenário. Tal deliberação impôs ao DNIT que: “ *... para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, passe a considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal"*. Além de contestar a interpretação conferida pelo Tribunal ao citado comando normativo, ponderou que a implementação da referida deliberação levaria a rescisões prematuras e indesejáveis de vários contratos administrativos que estão em execução. O Relator do recurso, Min. Walton Alencar Rodrigues, em seu Voto, consignou que “*não assiste razão ao apelante quando defende que os acréscimos e supressões devam ser considerados de forma conjunta e consolidada, a extrair-lhes apenas o resultado financeiro final de aditivos para observar se houve, efetivamente, a extrapolação dos limites de alteração fixados no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993*”. Argumentou que tal interpretação seria contrária à finalidade da norma, “*porquanto significaria coonestar com aparência de legalidade verdadeiras alterações de objeto do contrato, pois a nova conformação do ajuste não fora submetida ao crivo do certame licitatório, frustrando, assim, a oportunidade de potenciais interessados ofertarem propostas de prestação de serviço almejado, com que a Administração Pública, certamente, lograria obter condições mais vantajosas*”. Ressaltou, ainda, que “*não satisfeitas cumulativamente as condições estabelecidas pela Decisão nº 215/1999-Plenário para justificar as alterações excepcionais que extrapolem os limites legais, há de ser observada a regra estabelecida no art. 65, § 1º, do Diploma Legal de Licitações e Contratos, na exata dicção da deliberação vergastada*”. Anotou também que esse tem sido o entendimento “*majoritário do Tribunal, já consubstanciado no Acórdão 1.733/2009 – TCU – Plenário*”. A despeito disso, levou em conta o fato de que a implementação da deliberação recorrida implicaria, possivelmente, “*a imediata paralisação de cerca de 100 obras rodoviárias, haja vista a necessidade de rescindir as avenças administrativos, readequar todos os respectivos projetos básicos e promover novos procedimentos licitatórios...*”. Em face desse panorama fático e normativo, o Tribunal, ao encampar proposta do relator, decidiu conceder provimento parcial ao pedido de reexame do DNIT a fim de conferir ao subitem 9.2 do Acórdão nº 749/2010, alterado pelo Acórdão 591/2011 - Plenário, a seguinte redação: *"determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, **nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União**,*

passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal;" – grifou-se. Ao mesmo tempo, porém, impôs ao DNIT que, "*... em cada caso abrangido por essa solução temporária e intertemporal (...), os aditivos que vierem a ser celebrados deverão ser justificados quanto à sua pertinência e conformidade às características e diretrizes fundamentais estabelecidas no projeto básico, devendo ser devidamente registrados nos respectivos processos administrativos, estando, assim, disponíveis à fiscalização dos órgãos de controle;*". ***Acórdão n.º 2819/2011-Plenário, TC-022.689/2011, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.10.2011.***

Contratação de obra pública: 1 - Os itens administração local, instalação de canteiro e acampamento e mobilização e desmobilização de obra não devem compor o BDI, mas sim constar da planilha orçamentária de forma destacada

Auditoria realizada no Contrato de Repasse nº 593838/2007, que tinha por objeto a ampliação do sistema de esgotamento sanitário dos Municípios de Nossa Senhora do Socorro e de Aracaju/SE, firmado entre o Ministério das Cidades, por intermédio da Caixa Econômica Federal, e o Estado de Sergipe - tendo como interveniente executor a Companhia de Saneamento de Sergipe (Deso) -, identificou indícios de irregularidades que motivaram a realização de audiências de responsáveis. Diversos agentes foram chamados a apresentar razões de justificativas acerca de: I) " *... inclusão do item 'Administração Local' no BDI da empresa FUAD RASSI, vencedora da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 020/09; e b) descumprimento do item 5. 'Elementos da Proposta', alínea c) das 'Especificações Técnicas para Execução das Obras Civis', do art. 40, inciso XIII da Lei nº 8666/1993, bem como do Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, permitindo a inclusão dos itens 'Instalação de Canteiro' e 'Mobilização e Desmobilização do Equipamento' no BDI da empresa FUAD RASSI, vencedora da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 020/09*". Em resposta, às audiências realizadas, os responsáveis informaram que a Deso teria negociado junto à contratada a redução do BDI original de 22,97% para 18,34%, em razão de supressão dos itens "*Administração Local*", "*Instalação de Canteiro*" e "*Mobilização e Desmobilização do Equipamento*". De acordo com a própria Deso, a quem foi dirigida diligência, os serviços até então executados teriam sido pagos *"com a retenção do BDI impugnado pela auditoria. Foram efetuadas medições no valor total de R$ 483.313,74, que sofreram retenção de R$ 27.341,58 pela redução do BDI."*. O relator do feito, Ministro José Jorge, ao examinar tais razões de justificativas, reafirmou o entendimento de ser indevida a inclusão dos citados itens na conformação do BDI. Anotou que a orientação contida no subitem 9.1.2 do citado Acórdão nº 325/2007-Plenário, dirigida às unidades técnicas do TCU, é clara, no sentido de que: "*9.1.2. os itens Administração Local, Instalação de Canteiro e Acampamento e Mobilização e Desmobilização, visando a maior transparência, devem constar na planilha orçamentária e não no LDI*". Tendo em vista, porém, a sinalização de que a inconsistência anotada teria sido corrigida, manifestou o Relator anuência à sugestão da unidade técnica de acolher as razões de justificativas do presidente da comissão de licitação da Deso. Ressaltou, porém, a necessidade de que, no prazo de trinta dias, a contar da notificação, aquela empresa de saneamento "*apresente a este Tribunal cópia do 'Termo de Rerratificação' do contrato celebrado com a empresa FUAD RASSI, contendo a alteração do BDI original para 18,34%, bem como quaisquer outras alterações efetivadas*". O Tribunal, então, endossou a solução propugnada pelo relator. ***Acórdão n.º 2842/2011-Plenário, TC-028.235/2010-0, rel. Min. José Jorge, 25.10.2011.***

Contratação de obra pública: 2 - O fornecimento pela empresa contratada de materiais ordinariamente utilizados na confecção de obras, como 'Tubo de PVC rígido para esgoto predial de 100 mm', não demanda realização de procedimento licitatório autônomo para aquisição desse material, nem a incidência sobre o valor do item de BDI inferior ao do contrato da obra

Na auditoria realizada no acima citado contrato de repasse, também foi promovida audiência do Diretor Técnico de Engenharia da Deso, em razão de "*não adoção de BDI diferenciado, bem como pela não aquisição por meio de Pregão de Tubo de PVC rígido para esgoto predial de 100 mm incluídos nas composições 'Ligação Tipo II em piso cimentado', 'Ligação Tipo II em piso de ladrilho', 'Ligação do Tipo III em piso cimentado' e 'Ligação Tipo III em piso de ladrilho' dos Contratos nºs 42/2010 e 59/2010*". O referido responsável, a despeito disso, deixou de apresentar razões de justificativas a respeito dessas ocorrências. A unidade técnica considerou que a adoção do BDI diferenciado, de 10%, implicaria economia de 0,35% do valor total do contrato, o que corresponderia a R$ 57.565,13, frente a um valor total contratado

de R$ 16.343.576,52. Por considerar pouco significativo o suposto dano verificado, deixou de sugerir a apenação do responsável. Considerou, entretanto, necessário dar ciência à Companhia acerca do fato, para que fossem adotadas providências corretivas, na *"hipótese de aditamento ao contrato em vigor em que os quantitativos dos produtos sejam majorados"*. O Relator do feito entendeu, porém, que os atos impugnados não configuraram ilicitude de nenhuma ordem. Com o intuito de demonstrar essa conclusão fez menção ao teor da Súmula nº 253 do TCU: *"Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os* ***itens de fornecimento de materiais*** *e equipamentos* ***de natureza específica*** *que possam ser* ***fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas*** *e que* ***representem percentual significativo do preço global da obra*** *devem apresentar* ***incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida*** *em relação à taxa aplicável aos demais itens."* – grifos do relator. Invocou, ainda, declaração de Voto do Min. Walton Alencar Rodrigues, acolhida pelo Plenário em precedente que conduziu o Tribunal a proferir o Acórdão 1.785/2009, e que também norteou a edição da referida Súmula, segundo a qual:*"... O* ***fornecimento dos materiais*** *elencados pela Secex/MG, que* ***correspondem a cerca de 76% do custo da obra de edificação*** *da biblioteca* ***- pisos de granito e cerâmica, instalações hidrossanitárias e elétricas, esquadrias de alumínio e metálicas*** *–, por certo,* ***não pode ser considerada atividade acessória a obra de edificação (...).*** *Nada mais típico à atividade de construção civil que o fornecimento e instalação desses materiais*". Ressaltou, em seguida, que a situação sob exame não se enquadra na hipótese delineada na citada Súmula, visto que "*Tubo de PVC rígido para esgoto predial de 100mm*" não se caracteriza como material "*de natureza específica*" que possa ser fornecido por "*empresas com especialidades próprias e diversas*". O fornecimento desse material não configura atividade residual da contratada. Entendeu, isto sim, que se trata de material ordinário de construção, o que dispensa "*a utilização de BDI diferenciado em relação aos demais itens constantes da planilha de custos e formação de preços*". O Tribunal, então, endossou a proposição oferecida pelo relator do feito e não efetuou determinação corretiva a esse respeito. ***Acórdão n.º 2842/2011-Plenário, TC-028.235/2010-0, rel. Min. José Jorge, 25.10.2011.***

A permuta de terreno pertencente à entidade da Administração Pública por unidades imobiliárias a serem nele construídas futuramente não se insere na hipótese de dispensa de licitação prevista na alínea *c* do inciso I do art. 17 da Lei n. 8.666/1993, devendo ser precedida, portanto, de procedimento licitatório na modalidade concorrência

Representação encaminhada pela Ouvidoria deste Tribunal noticiou a edição pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Espírito Santo – Crea/ES de ato de dispensa de licitação, publicado no DOU de 08/02/2011, que viabilizaria permuta de terreno de propriedade dessa entidade por unidades de edifício que seria nele construído pela empresa contratada, Galwan Construtora e Incorporadora S.A. Tais unidades seriam destinadas à instalação da nova sede do Crea/ES. Após examinar respostas a oitivas do Presidente do Crea/ES e da Galwan Construtora e Incorporadora S. A., o relator do feito, Ministro Marcos Bemquerer Costa, decidiu conceder medida cautelar suspendendo os efeitos do referido ato, em razão de não ter sido apresentado estudo demonstrativo das demandas da entidade e, também, em face da "*ausência de comprovação das necessidades de instalação e localização que condicionem a escolha do imóvel a ser erguido no terreno de propriedade da entidade para a construção da nova sede, requisito essencial para a pretendida dispensa de licitação para a celebração do contrato de incorporação, com base no art. 17, inciso I, alínea* ***c****, c/c art. 24, inciso X, da Lei n. 8.666/1993*". Em seguida, promoveu a audiência de responsáveis do Crea/ES acerca dessa ocorrência. Após examinar as razões de justificativas apresentadas, ponderou que a dispensa de licitação ancorada nos acima mencionados comandos normativos "*pressupõe que as características do imóvel adquirido (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc.) devem ser essenciais para atingir a finalidade precípua da Administração à qual ele será destinado, de tal modo que condicionem a sua escolha, inviabilizando a competição entre particulares*". Anotou, porém, que "*o imóvel demandado pelo Crea/ES sequer foi construído e será edificado num terreno que já pertence à entidade, de modo que as suas especificidades, inclusive quanto à localização, independem da empresa que será contratada, e, portanto, não condicionam a sua escolha nem inviabilizam a competição entre particulares*". Tendo em vista, pois, que não se está a falar de imóvel específico que atenda às necessidades da Administração, a permuta de terreno de propriedade da autarquia por unidades imobiliárias a serem confeccionadas por empresa de construção civil pressupõe, segundo o relator, a realização de procedimento licitatório. Dessa forma, garante-se "*concretude aos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa*". Ao final, por considerar que o referido ato de dispensa de licitação não cumpriu os requisitos do art. 17, inciso I, alínea **c**, combinado com o art. 24, inciso X, da Lei n. 8.666/1993, o relator do feito formulou proposta de deliberação no sentido de fixar prazo para que o Crea/ES adote as providencias

cabíveis com vistas à anulação do referido ato. O Tribunal, então, endossou essa solução. Precedente citado: Acórdão n. 453/2008 - Plenário, proferido nos autos do TC-031.021/2007-3. ***Acórdão n.º 2853/2011 - Plenário, TC-003.857/2011-5, rel. Min. Marcos Bemquerer, 25.10.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 8 e 9 de novembro de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

Licitação de obra pública:

1 - A necessidade de comprovação de capacidade técnico-profissional será restrita, cumulativamente, a parcelas do objeto da licitação de maior relevância e de valor significativo, consoante estabelece o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93.

2 - É ilegal a exigência de que o profissional com habilitação técnica para execução de obra assine a declaração de disponibilidade técnica, visto que esse compromisso é da empresa, conforme se depreende dos comandos contidos nos §§ 6º e 10 do art. 30 da Lei 8.666/1993.

A exigência, em procedimento licitatório conduzido por município para aquisição de retroescavadeira e trator agrícola, de que os licitantes possuam revenda exclusiva sediada no estado em que se localiza o município e de que esteja ela instalada há pelo menos cinco anos configura restrição à competitividade e violação ao comando contido no § 5º, do art. 30, da Lei 8.666/93.

A participação do Sesi em licitação pública para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais a servidores de empresa pública não se coaduna com a finalidade institucional daquele serviço social autônomo.

Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações*:*

1 - Nas licitações em que for conferido a microempresas e a empresas de pequeno porte o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante

2 - As licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, competindo ao órgão que gerencia a ata de registro de preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R$ 80.000,00 em cada item da licitação.

PLENÁRIO

Licitação de obra pública: 1 - A necessidade de comprovação de capacidade técnico-profissional será restrita, cumulativamente, a parcelas do objeto da licitação de maior relevância e de valor significativo, consoante estabelece o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93

Representação efetuada por empresa, com amparo no 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, acusou possíveis irregularidades na condução da concorrência 01/2011 realizada pelo Município de Areia/PB, que tem por objeto a contratação das obras de revitalização do Parque do Quebra, a serem custeadas com recursos do

contrato de repasse 0310155-21/2009/Ministério do Turismo/Caixa Econômica Federal – CEF, no valor de R$ 5.331.655,40. O relator do feito determinou a oitiva do prefeito desse município, dos membros da comissão de licitação e da empresa contratada acerca dos indícios de irregularidades apurados, os quais teriam levado à habilitação de apenas uma licitante. Entre esses indícios, destaque-se aquele consistente na "*inabilitação de licitante por falta de atestado de capacidade técnico-profissional, a despeito de ter sido apresentado, e, ainda, para item sem relevância técnica ou econômica e com base em exigência ilegal (genérica etc.), infringindo o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993*." Conforme registrado pela unidade técnica, o item 22.2., alínea "a", do Edital exigiu do Engenheiro Civil, responsável técnico da empresa, atestado emitido pelo CREA de execução de edificações que englobem os serviços de "*execução de estruturas de aço e concreto, execução de rede de abastecimento de água, drenagem e esgoto, instalações elétricas de alta tensão, recuperação de pavimentos em paralelepípedo e obra de manejo ecológico/recuperação ambiental*". Os responsáveis e a empresa contratada, em resposta a oitiva do Tribunal, alegaram, como argumento principal, que as exigências contidas no edital eram pertinentes, visto que o objeto licitado não seria uma obra usual de engenharia, mas sim a "*transformação do sítio em parque urbano, mediante realocação de famílias, revitalização de área, construção de sistema de tratamento de esgotos sanitários e instalações elétricas e hidráulicas*". O relator, porém, endossou as conclusões da unidade técnica, no sentido de que a exigência contida no edital afronta o disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, segundo o qual a necessidade comprovação de capacidade técnico-profissional será restrita às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. Na concorrência sob exame, a exigência "*abarcou a quase totalidade do objeto, tanto para itens de maior quanto para os de menor monta, como é o caso de atestado que comprovasse a execução de serviço de recuperação de erosão. Este item representa apenas 2,18% do orçamento da obra*". Ao final, apresentou proposta de anulação da Concorrência 01/2011 e do contrato dela resultante, que foi endossada pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2934/2011-Plenário, TC-019.269/2011-0, rel. Min. Valmir Campelo, 9.11.2011.***

Licitação de obra pública: 2 - É ilegal a exigência de que o profissional com habilitação técnica para execução de obra assine a declaração de disponibilidade técnica, visto que esse compromisso é da empresa, conforme se depreende dos comandos contidos nos §§ 6º e 10 do art. 30 da Lei 8.666/1993

Na condução da já citada concorrência 01/2011 realizada pelo Município de Areia/PB, que tem por objeto a contratação das obras de revitalização do Parque do Quebra, também foi apontada como possível irregularidade a inabilitação de licitante com base na exigência de que o profissional responsável pelos trabalhos assinasse a declaração de disponibilidade técnica da empresa, visto que tal exigência extrapolaria o disposto nos §§ 6º e 10 do art. 30 da Lei 8.666/1993. A comissão de licitação inabilitou empresa em razão de a declaração de disponibilidade de profissional para acompanhar a obra não estar assinada "*conjuntamente pelo representante legal da empresa e o referido profissional*". A despeito de os respectivos responsáveis e a empresa interessada terem sido chamados a se pronunciar sobre a questão, não se manifestaram a esse respeito. A unidade técnica, ao examinar a matéria, observou o que "*o § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93 estabelece que as exigências mínimas relativas a pessoal técnico especializado serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade*". E também que "*O § 10 do mesmo artigo, em complementação, diz que os profissionais* ***indicados pelo licitante*** *para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração*". A interpretação conjunta dos comandos contidos no § 6º e no §10 do art. 30 da Lei 8.666/93 "*conduz à conclusão de ser ilegal a previsão editalícia que o referido profissional também assinasse a declaração de disponibilidade técnica da empresa*", visto que o compromisso de apresentação de profissional é da empresa. Tal ocorrência serviu também de fundamento para o Plenário determinar a anulação da Concorrência 01/2011 e do contrato dela resultante. Precedente citado: Acórdão 1.332/2006 – Plenário. ***Acórdão n.º 2934/2011-Plenário, TC-019.269/2011-0, rel. Min. Valmir Campelo, 9.11.2011.***

A exigência, em procedimento licitatório conduzido por município para aquisição de retroescavadeira e trator agrícola, de que os licitantes possuam revenda exclusiva sediada no estado em que se localiza o município e de que esteja ela instalada há pelo menos cinco anos configura restrição à competitividade e violação ao comando contido no § 5º, do art. 30, da Lei 8.666/93

Representação apresentada ao TCU por empresa, com suporte no § 1º do art. 113 da Lei 8.666/1993, apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial 48/2011 promovido pela Prefeitura Municipal de

Itarana/ES, com o objetivo de adquirir uma retroescavadeira e um trator agrícola, a serem pagos com recursos repassados por meio do Contrato de Repasse 0329564-70/2010/Caixa/Prodesa, no valor de R$ 273.000,00. Ao examinar as alegações apresentadas pela autora da representação, em avaliação preliminar, considerou o relator desarrazoada a exigência de que os fabricantes das máquinas objeto da licitação possuam revenda exclusiva sediada no Estado do Espírito Santo há pelo menos cinco anos, visto que tal condição restringiria a competitividade do certame e violaria o §5º, do art. 30, da Lei 8.666/93, segundo o qual: "*é vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação*". Ponderou, ainda, que a cláusula em exame poderia ter sido substituída por outra que cumprisse o objetivo pretendido pela administração, sem impor restrições indevidas. E mais: "*seria pertinente e razoável, por exemplo, conforme sugerido pela própria representante, que a Administração previsse no edital prazos contratuais para a execução de manutenções e reparos, além de cláusulas punitivas em caso de inadimplemento e não, de antemão, supor que o fato de o fabricante não ter revenda estabelecida no Estado há cinco anos implicaria riscos relevantes à Administração a ponto de justificar a inclusão no Edital da cláusula restritiva*". Além disso, empresas recém-instaladas no estado, mesmo que fossem revendas autorizadas pelos fabricantes, estariam impedidas de participar do certame. Por esses motivos, ao examinar a pertinência de concessão da medida cautelar solicitada pela representante, considerou presente o **fumus boni iuris**. Acrescentou que o **periculum in mora** também estaria caracterizado, tendo em vista a iminência de homologação da licitação. Por meio de despacho, com suporte no art. 276 do Regimento Interno/TCU, determinou à Prefeitura Municipal de Itarana/ES, em caráter cautelar, que se abstenha de dar prosseguimento ao Pregão Presencial 48/2011 ou adote as medidas necessárias com vistas a suspender qualquer ato ou contrato decorrente do referido certame, até o pronunciamento final deste Tribunal. O Plenário, em seguida, endossou essa deliberação monocrática. ***Comunicação de Medida Cautelar, TC 033.090/2011-4, rel. Min. Aroldo Cedraz, 9.11.2011.***

A participação do Sesi em licitação pública para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais a servidores de empresa pública não se coaduna com a finalidade institucional daquele serviço social autônomo

Representação formulada por empresa, com fulcro no § 1º do art. 113 da Lei 8.666/93, deu conta de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 100000023/2010-DR/SC, conduzido pela Diretoria Regional de Santa Catarina da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos -ECT/DR/SC, que teve por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais nas localidades de Chapecó, Lages e Tubarão, com cessão de mão de obra, por meio do sistema de registro de preços. Argumentou a representante fundamentalmente que o ente paraestatal não é prestador de serviços médicos nem odontológicos e que possui imunidade tributária, o que o impediria de explorar atividade econômica, concorrendo com as empresas privadas e desvirtuando suas atividades institucionais. A unidade técnica, após examinar os esclarecimentos da ECT – DR/SC e do SESI/DR/SC concluiu que a participação do SESI se deu com desvio de suas finalidades, haja vista, precipuamente, a natureza comercial do objeto pretendido pela ECT. Propôs, por isso, a suspensão, em caráter cautelar, da contratação decorrente do referido certame, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas. O Ministério Público/TCU, por seu turno, sugere que a representação seja considerada improcedente, pois, no seu entender, não há óbices legais para a participação do SESI no certame em comento. O relator do feito, Min. José Jorge, na mesma linha de entendimento da unidade técnica, ressaltou a falta de consonância entre o objeto da licitação e a finalidade do SESI. Com o intuito de demonstrar sua conclusão, transcreveu o comando contido no art. 4º do Decreto 57.375/65, segundo o qual: "*Constitui finalidade geral do SESI: auxiliar o trabalhador da indústria e atividades assemelhadas e resolver os seus problemas básicos de existência (saúde, alimentação, habitação, instrução, trabalho, economia, recreação, convivência social, consciência sócio-política)*". Reproduziu, também, argumentação contida na instrução técnica, no sentido de que a prestação assistencial de serviços de saúde faz parte das finalidades do Sesi, mas não sua exploração comercial. E também de que não seria válido o argumento de que o Sesi pode desenvolver quaisquer ações que visem à melhoria geral do padrão de vida do país, sob pena de se chegar à conclusão de que "*o Sesi pode tudo: abrir revendas (ou mesmo fábricas) de automóveis, boates, agências de turismo, transportadoras, autódromos etc, tudo destinado ao bemestar dos trabalhadores na indústria ...*". Incorporou ao seu Voto, ainda, trechos da instrução técnica: *"Não foram apresentadas alegações de defesa para o fato de o objeto da licitação conter serviços em favor da ECT, mas contra os interesses dos trabalhadores. Ou seja, se o Sesi for contratado irá, em algumas situações, prejudicar os interesses dos trabalhadores da ECT. Quando o Sesi,*

na execução do contrato, realizar ou solicitar exames admissionais, atestar que um trabalhador está apto para voltar ao trabalho, auditar despesas médicas dos empregados etc, não fará isso buscando o bem-estar do trabalhador, mas sim atendendo aos interesses do empregador, da mesma forma que um perito das empresas seguradoras." E mais: " *... no caso presente, a contratação tem por finalidade suprir uma necessidade emanada pela entidade patronal, no caso a ECT, e não a de seus trabalhadores propriamente ditos*". Por essas razões, considerou pertinente expedir determinação ao Departamento Nacional do Sesi para que oriente suas unidades no sentido de se absterem de participar de licitações públicas cujo objeto não esteja compreendido em suas finalidades institucionais. Tendo em vista, porém, que a ECT firmou contrato com o Sesi para viger até 1º/3/2012 e que a "*sua rescisão pode acarretar mais transtornos que benefícios*", considerou conveniente efetuar determinação à ECT no sentido de que o referido contrato não seja prorrogado. ***Acórdão n.º 2917/2011-Plenário, TC-020.832/2010-9, rel. Min. José Jorge, 9.11.2011.***

Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações: 1- Nas licitações em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante
Consulta do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho versando sobre o tratamento diferenciado dispensado a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas indagou ao TCU: "*2.1. Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 deve-se restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado do Espírito Santo, sob pena de cumprir-se apenas parcialmente a legislação aplicável à matéria?*". O relator do feito, Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, ponderou inicialmente que a Lei Complementar nº 123, de 2006, com respaldo dos comandos contidos nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, "*fixou normas gerais atinentes ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*". Transcreveu o art. 48, inciso I da citada lei: "*Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*". Anotou, em seguida, que, no âmbito da administração pública federal esse tratamento diferenciado para as ME e EPP nas contratações públicas de bens, serviços e obras (arts. 47 e 48 da Lei Complementar 123/2006) foi regulamentado pelo Decreto nº 6.204, de 2007. Fez menção, também, ao art. 2º, inciso I, do Decreto nº 6.204, de 2007, segundo o qual os órgãos ou entidades contratantes "*devem identificar, sempre que possível, as ME e EPP sediadas regionalmente, constituindo, para tanto, cadastro próprio, de acesso livre, ou adequando os eventuais cadastros existentes, de modo a ampliar a participação dessas empresas nos processos licitatórios conduzidos pela Administração*". Considerou, porém, que esse comando "*não tem o desiderato de impedir que acorram aos certames microempresas ou empresas de pequeno porte que não estejam estabelecidas na mesma praça em que se situa o órgão licitante, ressaltando-se tão-somente, de acordo com o inciso IV desse artigo 2º, que, na definição do objeto da contratação, não devem ser utilizadas especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das ME e EPP sediadas regionalmente*". Ao final, em linha de consonância com o entendimento da assessoria jurídica do TST e da unidade técnica, o relator sugeriu informar ao TST que: "*nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante;*". O Tribunal, então, endossou essa proposta de encaminhamento. ***Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, TC-017.752/2011-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 9.11.2011.***

Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações: 2 - As licitações processadas por meio do sistema de registro de preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, competindo ao órgão que gerencia a ata de registro de preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R$ 80.000,00 em cada item da licitação

Na mesma consulta formulada pelo Presidente TST, o Tribunal foi chamado a responder as seguintes indagações: "*2.2. As licitações processadas mediante o Sistema de Registro de Preços (SRP), cujo valor estimado seja igual ou menor a R$ 80.000,00, devem ser destinadas à contratação exclusiva de ME e EPP? 2.3. No caso de resposta afirmativa à questão anterior, nas licitações processadas por meio do SRP, que forem destinadas à contratação exclusiva de ME e EPP, podem-se definir regras para os órgãos interessados na adesão, segundo as quais a quantidade de itens/valores a ser adquirida deverá ser somada às quantidades das contratações já efetivadas, de forma que a soma não supere a R$ 80.000,00?"*. O relator, ao enfrentar tais questões, observou que a utilização do Sistema de Registro de Preços foi regulamentada pelo Decreto nº 3.931, de 2001. Acrescentou que "*os preços e condições de contratação passam a constar da Ata de Registro de Preços (v. art. 1º, inciso II, do Decreto nº 3.931/2001), ficando disponíveis para qualquer órgão ou entidade da Administração, ainda que não tenha participado do certame licitatório, mediante consulta prévia ao órgão gerenciador da referida ata, desde que devidamente comprovada a vantagem (cf. art. 8º do Decreto nº 3.931/2001), e contanto que as aquisições ou contratações adicionais não excedam, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, nos termos do § 3º desse artigo 8º*". Anotou, entretanto, que o Tribunal, por meio do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário, cujo Voto condutor foi proferido pelo Valmir Campelo, sinalizou, no subitem 9.2.2., a necessidade de que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão adotasse providências *"com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando a preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática"*. Acrescentou, ainda, que o limite máximo de R$ 80.000,00 a que se refere o art. 48, inciso I, da Lei nº 8.443/1993 deve ser aferido para cada item que passará a ter seu preço registrado. Tudo se passa como se fossem realizadas "*várias licitações distintas e independentes*" para cada um dos itens. Destacou o relator, ainda, que o art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, ao impor à administração o dever de realizar procedimento licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), "*teria ido além do previsto no art. 48, inciso I, da Lei nº 123, de 2006*". Concluiu, por isso, que essas licitações não necessariamente devem, mas sim "*podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte*". Em face dessas conclusões, ao acatar proposta do relator, o Plenário decidiu aprovar, em resposta aos quesitos acima formulados, a seguinte resposta: "*9.2.2. as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, competindo ao órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R$ 80.000,00 em cada item da licitação;*". ***Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, TC-017.752/2011-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 9.11.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 18 e 19 de outubro de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

É regra geral a utilização do pregão eletrônico para aquisição de bens e serviços comuns por parte de instituições públicas, nelas inclusas agências reguladoras, sendo o uso do pregão presencial hipótese de exceção, a ser justificada no processo licitatório

Mediante representação, apontaram-se possíveis irregularidades no regulamento próprio de licitações da Agência Nacional de Telecomunicações – (Anatel), evidenciando a resistência da entidade em adotar a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, nas licitações de bens e serviços comuns por ela promovidas. No processo, diversos responsáveis da Anatel foram ouvidos acerca do entendimento de que as disposições da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005 não são aplicáveis no âmbito da Agência. Para o Tribunal, essa compreensão implicaria oposição à decisão liminar do Supremo Tribunal Federal proferida no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade – (ADIn) nº 1.668-5, bem como ao item 8.2.3 da Decisão nº 497/1999-TCU/Plenário e à orientação da Advocacia-Geral da União. Ao examinar o feito, o relator consignou que, conforme o entendimento mantido pelo STF na ADIn nº 1.668-5, *"a competência do Conselho Diretor da Anatel fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência"*. Todavia, para os responsáveis da Anatel, a Lei 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações – (LGT), seria norma geral de licitações e contratos, a veicular comandos para a entidade reguladora, com o que discordou o relator, para o qual a LGT, no que tange às licitações realizadas pela Anatel, "*não é norma geral, pois somente se aplica a esta autarquia federal*", sendo que, na espécie, *"a Lei nº 10.520/2002 é a norma geral que disciplina o pregão, para a contratação de bens e serviços comuns, no âmbito de todos os entes da Federação*", e, por isso, *"resta incontroverso que o Conselho Diretor da Anatel, depois da edição da Lei do Pregão, passou a ter suas atribuições normativas jungidas às diretrizes que emanam desta lei geral e dos decretos federais que a regulamentam*". Portanto, a Anatel, no entender do relator, estaria obrigada a seguir, como regra, a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, para a contratação de bens e serviços comuns, utilizando o pregão presencial exclusivamente quando inquestionável a excepcionalidade prevista no art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005, devidamente justificada nos autos do

processo licitatório, sendo a competência do Conselho Diretor da entidade para aprovar normas próprias adstrita às disposições previstas na referida Lei 10.520/2002 e no Decreto 5.450/2005, permanecendo, entretanto, sua competência supletiva para regulamentação interna de matérias que não confrontem com os referidos normativos. Todavia, considerando que, atualmente, a entidade reguladora já promovera a sua adequação à realidade jurídica a ela imposta, deixou o relator de propor qualquer sanção aos potenciais responsáveis, acolhendo as justificativas por eles apresentadas, no que contou com a anuência do Plenário. ***Acórdão n.º 2753/2011-Plenário, TC-025.251/2010-4, rel. Min. José Jorge, 19.10.2011.***

A participação em processo licitatório expressamente reservado a microempresas e a empresas de pequeno porte, por sociedade que não se enquadre na definição legal reservada a essas categorias e que apresentou declaração com informações inverídicas a respeito de sua situação jurídica leva à aplicação da sanção de declaração de inidoneidade

Pedido de reexame interposto por empresa privada contra o Acórdão 2.846/2010 – Plenário, por meio do qual o Tribunal declarou a recorrente inidônea para licitar e contratar com a Administração Pública pelo período de seis meses, em razão de ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), não obstante ostentar faturamento bruto superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar 123/2006 (até R$ 2.400.000,00/ano). Para a unidade técnica, não teriam sido apresentados elementos capazes de reformar a deliberação recorrida, já que, na espécie, a recorrente, no ano de 2008, venceu três certames licitatórios dos quais participara irregularmente, na medida em que eram restritos a ME e EPP. Para tal participação, a recorrente teria apresentado declarações inverídicas de que era cumpridora dos limites previstos na Lei Complementar 123/2006 e de que estava, por conseguinte, apta a usufruir do tratamento favorecido previsto na referida norma legal. Ao examinar os argumentos apresentados, o relator, reiterando os exames feitos pelo relator **a quo**, consignou, com relação à recorrente, que, "*comprovou-se que seu faturamento bruto era superior ao limite estabelecido para o enquadramento como pequena empresa, que a empresa não solicitou a alteração de seu enquadramento e, por fim, que participou de procedimento licitatório exclusivo para micros e pequenas empresas, vencendo o certame e beneficiando-se de sua própria omissão. Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a organização descumpriu o art. 3º, § 9, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007. Essa omissão possibilitou à empresa benefícios indevidos específicos de ME ou EPP e a obtenção, na Junta Comercial, da 'Certidão Simplificada', documento que viabilizou sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP*". Por consequência disso, ao entender adequada a sanção de declaração de inidoneidade da empresa para licitar e contratar com a Administração, votou por que se negasse provimento ao recurso manejado, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos 1028/2010, 1972/2010 e 2578/2010, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2756/2011-Plenário, TC-008.552/2010-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 19.10.2011.***

É indevida a desclassificação, fundada em interpretação extremamente restritiva do edital, de proposta mais vantajosa para a Administração, que contém um único item, correspondente a uma pequena parcela do objeto licitado, com valor acima do limite estabelecido pela entidade

Com esse entendimento, o Tribunal julgou procedente representação formulada em face de possíveis irregularidades na desclassificação de proposta de licitante, referente ao primeiro lote da Concorrência Pública n. 416/2010, realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), a qual teve por objeto a seleção de empresa especializada para execução das obras de construção da ponte sobre o Canal das Laranjeiras, duplicação e restauração dos acessos à ponte na Rodovia BR-101/SC. Após a oitiva do DNIT e do Consórcio vencedor da licitação, o relator apontou que a representante, apesar de ter apresentado proposta de preços inferior à do primeiro colocado, fora desclassificada, por ter orçado um único item preço unitário acima do limite estabelecido pelo DNIT – Lâmpada de Multivapor Metálico elipsoidal, base E-40, potência de 400W, com fluxo luminoso entre 31.000 e 35.000 lumens, IRC de 69 a 100%, temperatura de Cor entre 4.300 e 5.900 K e vida útil de 15.000 horas – o qual correspondeu à 0,01% do orçamento base da licitação. E isso ocorrera em razão do disposto no edital norteador do certame, o qual, em seu o item 17.1, estabelecera que as propostas que apresentassem valores unitários e/ou global, superiores ao limite estabelecido no orçamento estimativo do serviço deveriam ser desclassificadas. Para o relator, a exigência estaria em consonância com a jurisprudência do Tribunal, "*que tem considerado necessária a*

fixação de critérios de aceitabilidade de preços unitários e a previsão da desclassificação de licitantes que ofertarem valores acima do limite estabelecido, com vistas a evitar a prática do chamado 'jogo de planilha'". Todavia, não obstante a previsão do edital – de desclassificar a proposta que apresentasse preços unitários superiores aos limites estabelecidos – estivesse na linha da jurisprudência do Tribunal, ainda para o relator, "*essa cláusula deve ser interpretada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em conjunto com os outros dispositivos do instrumento convocatório e com a Lei n. 8.666/1993*". A desclassificação da proposta, então, não deveria ter sido automática, especialmente porque, ainda conforme o relator do processo, o próprio edital do certame previa a possibilidade de a comissão de licitação adotar medidas para corrigir o preço do item ofertado acima do limite estabelecido pela autarquia como o critério de aceitabilidade das propostas, devendo a empresa ser desclassificada caso se recusasse a aceitar as correções. O procedimento cabível, portanto, seria a correção do valor do item que dera ensejo à desclassificação da proposta da representante, o que importaria no melhor atendimento do interesse público, por selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, sem desrespeitar a obrigatoriedade de vinculação ao instrumento convocatório. Por conseguinte, por entender que a desclassificação da ora representante foi indevida, por ter, com base em interpretação extremamente restritiva do edital, contrariado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, resultando na seleção de uma proposta menos vantajosa para a Administração, votou o relator por que o Tribunal determinasse ao Dnit a adoção de providências no sentido de tornar sem efeito a desclassificação da representante no âmbito da Concorrência Pública n. 416/2010, e, posteriormente, desse prosseguimento ao certame a partir dessa etapa, atentando para as correções a serem feitas nas composições dos preços unitários apresentados pela referida empresa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão 159/2003, do Plenário. ***Acórdão n.º 2767/2011-Plenário, TC-025.560/2011-5, rel. Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 19.10.2011.***

Não pode haver o aproveitamento de registro de preços por instituição pública quando as especificações do objeto forem exclusivas para a instituição que realiza a contratação

Representação formulada ao Tribunal noticiou fatos que configurariam irregularidades no Pregão Eletrônico, para registro de preços, nº 94/2010, conduzido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – (TRT-10ª Região), cujo objeto consistiu na eventual execução de serviços especializados em gestão integrada de patrimônio mobiliário, compreendendo o fornecimento e instalação de **software** aplicativo de comunicação e integração com o **software** de controle patrimonial atualmente existente no TRT 10ª Região. Dentre as irregularidades verificadas, estaria o uso do registro de preços, em hipótese que não o comportaria. Para ela, diversos fatores atinentes impediriam o registro dos preços, tais como: as especificações do **software,** que variariam significativamente em ambiente diverso do TRT-10ª Região; custos específicos com relação a certos itens a serem contratados, tais como o encapsulamento com **layout** específico, a personalização gráfica e eletrônica e outros fatores. Ao examinar os fatos, o relator consignou que, na forma do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, o uso do registro de preço para aquisição de bens e serviços de informática é possível, desde que devidamente justificada e caracterizada a vantagem econômica para a Administração Pública. Todavia o objeto só deve ser passível de contratação por outros órgãos da administração pública na forma como licitado originalmente. E, no caso específico, ainda para o relator, "*ficou demonstrado que certas especificações dos serviços e dos materiais foram exclusivas para o TRT/10ª Região e balizaram o preço proposto, não sendo plausível, pois, o aproveitamento da ata por outro órgão*". Por conseguinte, propôs, dentre outras providências, que fosse determinado ao TRT-10ª Região, que se abstivesse de permitir a adesão de outros órgãos ou entidades à Ata de Registro de Preços decorrente do Pregão Eletrônico nº 94/2010. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua concordância. ***Acórdão n.º 2769/2011-Plenário, TC-011.737/2011-5, rel. Min.-Subst. André Luís de Carvalho, 19.10.2011.***

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

PERÍODO DE 3 A 21 DE OUTUBRO DE 2011.

Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011– D.O.U. de 13/10/2011: Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011.

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessão: 25 de outubro de 2011
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

PLENÁRIO

Para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, por meio de pedido de reexame interposto nos autos de processo de monitoramento, pediu a reforma de determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão nº 749/2010, parcialmente alterado pelo Acórdão nº 591/2011-TCU – Plenário. Tal deliberação impôs ao DNIT que: “ *... para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, passe a considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal"*. Além de contestar a interpretação conferida pelo Tribunal ao citado comando normativo, ponderou que a implementação da referida deliberação levaria a rescisões prematuras e indesejáveis de vários contratos administrativos que estão em execução. O Relator do recurso, Min. Walton Alencar Rodrigues, em seu Voto, consignou que “*não assiste razão ao apelante quando defende que os acréscimos e supressões devam ser considerados de forma conjunta e consolidada, a extrair-lhes apenas o resultado financeiro final de aditivos para observar se houve, efetivamente, a extrapolação dos limites de alteração fixados no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993*”. Argumentou que tal interpretação seria contrária à finalidade da norma, “*porquanto significaria coonestar com aparência de legalidade verdadeiras alterações de objeto do contrato, pois a nova conformação do ajuste não fora submetida ao crivo do certame licitatório, frustrando, assim, a oportunidade de potenciais interessados ofertarem propostas de prestação de serviço almejado, com que a Administração Pública,*

certamente, lograria obter condições mais vantajosas”. Ressaltou, ainda, que “*não satisfeitas cumulativamente as condições estabelecidas pela Decisão nº 215/1999-Plenário para justificar as alterações excepcionais que extrapolem os limites legais, há de ser observada a regra estabelecida no art. 65, § 1º, do Diploma Legal de Licitações e Contratos, na exata dicção da deliberação vergastada*”. Anotou também que esse tem sido o entendimento “*majoritário do Tribunal, já consubstanciado no Acórdão 1.733/2009 – TCU – Plenário*”. A despeito disso, levou em conta o fato de que a implementação da deliberação recorrida implicaria, possivelmente, “*a imediata paralisação de cerca de 100 obras rodoviárias, haja vista a necessidade de rescindir as avenças administrativos, readequar todos os respectivos projetos básicos e promover novos procedimentos licitatórios...*”. Em face desse panorama fático e normativo, o Tribunal, ao encampar proposta do relator, decidiu conceder provimento parcial ao pedido de reexame do DNIT a fim de conferir ao subitem 9.2 do Acórdão nº 749/2010, alterado pelo Acórdão 591/2011 - Plenário, a seguinte redação: *"determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, **nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União**, passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal*;” – grifou-se. Ao mesmo tempo, porém, impôs ao DNIT que, “*... em cada caso abrangido por essa solução temporária e intertemporal (...), os aditivos que vierem a ser celebrados deverão ser justificados quanto à sua pertinência e conformidade às características e diretrizes fundamentais estabelecidas no projeto básico, devendo ser devidamente registrados nos respectivos processos administrativos, estando, assim, disponíveis à fiscalização dos órgãos de controle;*”. ***Acórdão n.º 2819/2011-Plenário, TC-022.689/2011, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.10.2011.***

Contratação de obra pública: 1 - Os itens administração local, instalação de canteiro e acampamento e mobilização e desmobilização de obra não devem compor o BDI, mas sim constar da planilha orçamentária de forma destacada

Auditoria realizada no Contrato de Repasse nº 593838/2007, que tinha por objeto a ampliação do sistema de esgotamento sanitário dos Municípios de Nossa Senhora do Socorro e de Aracaju/SE, firmado entre o Ministério das Cidades, por intermédio da Caixa Econômica Federal, e o Estado de Sergipe - tendo como interveniente executor a Companhia de Saneamento de Sergipe (Deso) -, identificou indícios de irregularidades que motivaram a realização de audiências de responsáveis. Diversos agentes foram chamados a apresentar razões de justificativas acerca de: I) “ *... inclusão do item ‘Administração Local’ no BDI da empresa FUAD RASSI, vencedora da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 020/09; e b) descumprimento do item 5. ‘Elementos da Proposta’, alínea c) das ‘Especificações Técnicas para Execução das Obras Civis’, do art. 40, inciso XIII da Lei nº 8666/1993, bem como do Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, permitindo a inclusão dos itens ‘Instalação de Canteiro’ e ‘Mobilização e Desmobilização do Equipamento’ no BDI da empresa FUAD RASSI, vencedora da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 020/09*”. Em resposta, às audiências realizadas, os responsáveis informaram que a Deso teria negociado junto à contratada a redução do BDI original de 22,97% para 18,34%, em razão de supressão dos itens “*Administração Local*”, “*Instalação de Canteiro*” e “*Mobilização e Desmobilização do Equipamento*”. De acordo com a própria Deso, a quem foi dirigida diligência, os serviços até então executados teriam sido pagos *“com a retenção do BDI impugnado pela auditoria. Foram efetuadas medições no valor total de R$ 483.313,74, que sofreram retenção de R$ 27.341,58 pela redução do BDI.”*. O relator do feito, Ministro José Jorge, ao examinar tais razões de justificativas, reafirmou o entendimento de ser indevida a inclusão dos citados itens na conformação do BDI. Anotou que a orientação contida no subitem 9.1.2 do citado Acórdão nº 325/2007-Plenário, dirigida às unidades técnicas do TCU, é clara, no sentido de que: “*9.1.2. os itens Administração Local, Instalação de Canteiro e Acampamento e Mobilização e Desmobilização, visando a maior transparência, devem constar na planilha orçamentária e não no LDI*”. Tendo em vista, porém, a sinalização de que a inconsistência anotada teria sido corrigida, manifestou o Relator anuência à sugestão da unidade técnica de acolher as razões de justificativas do presidente da comissão de licitação da Deso. Ressaltou, porém, a necessidade de que, no prazo de trinta dias, a contar da notificação, aquela empresa de saneamento “*apresente a este Tribunal cópia do ‘Termo de Rerratificação’ do contrato celebrado com a empresa FUAD RASSI, contendo a alteração do BDI original para 18,34%, bem como quaisquer outras alterações efetivadas*”. O Tribunal, então, endossou a solução propugnada pelo relator. ***Acórdão n.º 2842/2011-Plenário, TC-028.235/2010-0, rel. Min. José Jorge, 25.10.2011.***

Contratação de obra pública: 2 - O fornecimento pela empresa contratada de materiais ordinariamente utilizados na confecção de obras, como 'Tubo de PVC rígido para esgoto predial de 100 mm', não demanda realização de procedimento licitatório autônomo para aquisição desse material, nem a incidência sobre o valor do item de BDI inferior ao do contrato da obra
Na auditoria realizada no acima citado contrato de repasse, também foi promovida audiência do Diretor Técnico de Engenharia da Deso, em razão de "*não adoção de BDI diferenciado, bem como pela não aquisição por meio de Pregão de Tubo de PVC rígido para esgoto predial de 100 mm incluídos nas composições 'Ligação Tipo II em piso cimentado', 'Ligação Tipo II em piso de ladrilho', 'Ligação do Tipo III em piso cimentado' e 'Ligação Tipo III em piso de ladrilho' dos Contratos nºs 42/2010 e 59/2010*". O referido responsável, a despeito disso, deixou de apresentar razões de justificativas a respeito dessas ocorrências. A unidade técnica considerou que a adoção do BDI diferenciado, de 10%, implicaria economia de 0,35% do valor total do contrato, o que corresponderia a R$ 57.565,13, frente a um valor total contratado de R$ 16.343.576,52. Por considerar pouco significativo o suposto dano verificado, deixou de sugerir a apenação do responsável. Considerou, entretanto, necessário dar ciência à Companhia acerca do fato, para que fossem adotadas providências corretivas, na *"hipótese de aditamento ao contrato em vigor em que os quantitativos dos produtos sejam majorados"*. O Relator do feito entendeu, porém, que os atos impugnados não configuraram ilicitude de nenhuma ordem. Com o intuito de demonstrar essa conclusão fez menção ao teor da Súmula nº 253 do TCU: *"Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os **itens de fornecimento de materiais** e equipamentos **de natureza específica** que possam ser **fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas** e que **representem percentual significativo do preço global da obra** devem apresentar **incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida** em relação à taxa aplicável aos demais itens."* – grifos do relator. Invocou, ainda, declaração de Voto do Min. Walton Alencar Rodrigues, acolhida pelo Plenário em precedente que conduziu o Tribunal a proferir o Acórdão 1.785/2009, e que também norteou a edição da referida Súmula, segundo a qual:*"... O **fornecimento dos materiais** elencados pela Secex/MG, que **correspondem a cerca de 76% do custo da obra de edificação** da biblioteca **- pisos de granito e cerâmica, instalações hidrossanitárias e elétricas, esquadrias de alumínio e metálicas** –, por certo, **não pode ser considerada atividade acessória a obra de edificação (...).** Nada mais típico à atividade de construção civil que o fornecimento e instalação desses materiais*". Ressaltou, em seguida, que a situação sob exame não se enquadra na hipótese delineada na citada Súmula, visto que "*Tubo de PVC rígido para esgoto predial de 100mm*" não se caracteriza como material "*de natureza específica*" que possa ser fornecido por "*empresas com especialidades próprias e diversas*". O fornecimento desse material não configura atividade residual da contratada. Entendeu, isto sim, que se trata de material ordinário de construção, o que dispensa "*a utilização de BDI diferenciado em relação aos demais itens constantes da planilha de custos e formação de preços*". O Tribunal, então, endossou a proposição oferecida pelo relator do feito e não efetuou determinação corretiva a esse respeito. ***Acórdão n.º 2842/2011-Plenário, TC-028.235/2010-0, rel. Min. José Jorge, 25.10.2011.***

A permuta de terreno pertencente à entidade da Administração Pública por unidades imobiliárias a serem nele construídas futuramente não se insere na hipótese de dispensa de licitação prevista na alínea *c* do inciso I do art. 17 da Lei n. 8.666/1993, devendo ser precedida, portanto, de procedimento licitatório na modalidade concorrência
Representação encaminhada pela Ouvidoria deste Tribunal noticiou a edição pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Espírito Santo – Crea/ES de ato de dispensa de licitação, publicado no DOU de 08/02/2011, que viabilizaria permuta de terreno de propriedade dessa entidade por unidades de edifício que seria nele construído pela empresa contratada, Galwan Construtora e Incorporadora S.A. Tais unidades seriam destinadas à instalação da nova sede do Crea/ES. Após examinar respostas a oitivas do Presidente do Crea/ES e da Galwan Construtora e Incorporadora S. A., o relator do feito, Ministro Marcos Bemquerer Costa, decidiu conceder medida cautelar suspendendo os efeitos do referido ato, em razão de não ter sido apresentado estudo demonstrativo das demandas da entidade e, também, em face da "*ausência de comprovação das necessidades de instalação e localização que condicionem a escolha do imóvel a ser erguido no terreno de propriedade da entidade para a construção da nova sede, requisito essencial para a pretendida dispensa de licitação para a celebração do contrato de incorporação, com base no art. 17, inciso I, alínea **c**, c/c art. 24, inciso X, da Lei n. 8.666/1993*". Em seguida, promoveu a audiência de responsáveis do Crea/ES acerca dessa ocorrência. Após examinar as razões de justificativas apresentadas, ponderou que a dispensa de licitação ancorada nos acima mencionados comandos normativos "*pressupõe que as*

características do imóvel adquirido (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc.) devem ser essenciais para atingir a finalidade precípua da Administração à qual ele será destinado, de tal modo que condicionem a sua escolha, inviabilizando a competição entre particulares". Anotou, porém, que "*o imóvel demandado pelo Crea/ES sequer foi construído e será edificado num terreno que já pertence à entidade, de modo que as suas especificidades, inclusive quanto à localização, independem da empresa que será contratada, e, portanto, não condicionam a sua escolha nem inviabilizam a competição entre particulares*". Tendo em vista, pois, que não se está a falar de imóvel específico que atenda às necessidades da Administração, a permuta de terreno de propriedade da autarquia por unidades imobiliárias a serem confeccionadas por empresa de construção civil pressupõe, segundo o relator, a realização de procedimento licitatório. Dessa forma, garante-se "*concretude aos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa*". Ao final, por considerar que o referido ato de dispensa de licitação não cumpriu os requisitos do art. 17, inciso I, alínea **c**, combinado com o art. 24, inciso X, da Lei n. 8.666/1993, o relator do feito formulou proposta de deliberação no sentido de fixar prazo para que o Crea/ES adote as providencias cabíveis com vistas à anulação do referido ato. O Tribunal, então, endossou essa solução. Precedente citado: Acórdão n. 453/2008 - Plenário, proferido nos autos do TC-031.021/2007-3. ***Acórdão n.º 2853/2011 - Plenário, TC-003.857/2011-5, rel. Min. Marcos Bemquerer, 25.10.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessão: 18 de janeiro de 2012
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A diminuição dos encargos incorridos por empresa contratada para execução de obras realizadas no âmbito do Programa de Recuperação e Manutenção de Rodovias (Crema), resultante da redução e alteração de insumos de alguns serviços, impõe a revisão do preço da obra, com o intuito de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato
Auditoria nas obras de manutenção de trecho rodoviário com 680 quilômetros da BR 285, no Estado do Rio Grande do Sul, custeadas com recursos oriundos do programa de Recuperação e Manutenção de Rodovias (Crema) apontou irregularidades em contrato celebrado com a empresa Torc Terraplanagem, Obras Rodoviárias e Construções Ltda. A equipe de auditoria anotou, entre outras ocorrências, a execução de serviços da obra com redução e alteração de insumos em relação aos previstos no contrato. Apontou, por exemplo, sobrepreço no fornecimento de CBUQ, visto ter sido executado: a) com redução do teor de cimento asfáltico de petróleo (CAP), b) com substituição de insumo e c) com alteração da localização da usina de asfalto. O projeto executivo do lote previu a aplicação de 6% de cimento asfáltico de petróleo na composição do concreto betuminoso usinado a quente, mas a contratada utilizou, a partir de 15/6/2009, apenas 4,8% de CAP na composição do serviço. O orçamento que integrou o contrato previu, também, a utilização de areia como agregado fino em sua produção e a instalação da usina de asfalto no quilômetro 495,7 da rodovia. A contratada, contudo, substituiu a areia por pó de pedra e instalou a usina junto à pedreira, em Coronel Barros, no quilômetro 478,4 da rodovia. Além de argumentos pontuais que buscavam afastar a necessidade de

revisão dos valores pagos, a empresa contratada asseverou que, em face dos princípios norteadores do programa Contrato de Restauração e Manutenção (Crema), os respectivos serviços deveriam ser pagos por quilômetro de faixa recuperado e também que as planilhas de custos seriam meros instrumentos auxiliares. Segundo esse raciocínio, "*a contratada poderia alterar as especificações técnicas previstas no projeto, nas composições de serviços e nas planilhas de formação de preço, sem necessidade de revisar os preços contratados*". Observou o relator, porém, que "*Os erros de projeto e as alterações na execução de serviços, promovidas pela contratada, impõem revisar as composições e preços pactuados, para ajustá-los ao encargo efetivamente desincumbido pela empreiteira*". E mais: "*Tal interpretação não se ajusta às regras de medição e pagamento previstas na Lei 8.666/1993 e de limitação de custos unitários indicados em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias*". Acrescentou: "*Não é admissível, pois, que a empreiteira altere as especificações dos serviços contratados, para reduzir o custo de execução da obra, sem ajustar o preço desses itens. A alteração do encargo suportado pela contratada impõe a revisão do preço da obra, para manter o equilíbrio entre encargo e remuneração*". Ressaltou que a revisão das composições, efetuada com base nos parâmetros do Sicro-2 e consideradas as circunstâncias inerentes ao contrato, "*identificou a ocorrência de sobrepreço em cinco itens de serviço e de subpreço em outros seis*". Compensando-se, pois, os valores super e subdimensionados, "*apurou-se sobrepreço de R$ 4,8 milhões*". Tendo em vista que o valor estimado do superfaturamento (R$ 4,8 milhões) é superior ao saldo contratual (R$ 2 milhões) e que o DNIT entende não haver o superfaturamento identificado, considerou pertinente a instauração de tomada de contas especial por este Tribunal. O Plenário, então, ao endossar sua proposta, decidiu determinar à Secretaria de Fiscalização de Obras 2 que: "*9.3.1. identifique os responsáveis e quantifique o dano ao Erário decorrente do superfaturamento dos serviços concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ), fresagem contínua e reestabilização de base nas obras objeto do Contrato 10 00112/2009, celebrado com a Torc Terraplanagem, Obras Rodoviárias e Construções Ltda., com vista à conversão do processo em tomada de contas especial;*". Precedente mencionado: Acórdão 2.730/2009, Plenário. ***Acórdão n.º 40/2012-Plenário, TC 013.341/2009-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 18.1.2012.***

A execução de serviços de recuperação de pistas e acostamentos de aeroporto pressupõe, em avaliação inicial, a realização de estudos prévios que demonstrem a pertinência técnica e econômica da solução adotada

Representação apontou supostas irregularidades na condução do Contrato TC 053-EG/2011/0014 celebrado entre a Superintendência Regional do Nordeste da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero/SRRF e a empresa Novatec Construções e Empreendimentos Ltda, que tem por objeto a recuperação de pistas e acostamentos do Aeroporto Internacional Gilberto Freyre em Recife/PE. Entre as ocorrências relatadas, acusou a ausência de estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade da solução final escolhida para reparo dessas áreas. A Secretaria do Tribunal anotou que, no exercício de 2010, havia sido realizada licitação com esse mesmo objeto. Naquela ocasião, ancorada em estudos técnicos, a Infraero decidira corrigir os defeitos de pistas e acostamentos por meio da colocação de geo-grelhas em alguns pontos da pista. Tal contrato, contudo, foi rescindido. A Infraero deflagrou, em seguida, novo procedimento licitatório, em que optou por outra solução técnica: utilização de geo-grelhas ao longo de toda extensão da pista e do acostamento. Tal alternativa, porém, não veio acompanhada de novos estudos que a indicassem como a mais adequada. O relator do feito, em linha de consonância com a unidade técnica, considerou presentes os requisitos que justificam a adoção de medida cautelar pelo Tribunal, uma vez que: "*a) o **fumus boni iuris** se caracteriza pela provável irregularidade em si, ou seja, pela execução de relevantes e dispendiosos serviços sem comprovação de que tenham sido realizados estudos prévios que apontem, sob o ponto de vista técnico e econômico, a melhor solução entre aquelas existentes; b) o **periculum in mora**, por sua vez, se consubstancia no fato de que os referidos serviços estão em andamento aparentemente sem a devida análise quanto à solução adequada, representando risco de ineficácia da decisão de mérito a ser proferida por este Tribunal*". Por esses motivos, o relator, em caráter cautelar, decidiu determinar: "a*) à Gerência de Engenharia da Infraero/SRRF, com base no art. 276 do Regimento Interno/TCU, que, em relação ao Contrato TC 053-EG/2011/0014, enquanto o presente processo de representação não for julgado no mérito, adote apenas alternativas de anti-reflexão de trincas que sejam fundamentadas em estudos técnicos preliminares que assegurem a adequabilidade da solução final escolhida, que deve conter justificativas técnicas e econômicas que fundamentem a alteração de solução inicialmente prevista, observando os princípios da economicidade e da eficiência; b) à Secex/PE que promova nova oitiva da empresa Novatec Construções e Empreendimentos Ltda., para que, no prazo de 15 (quinze) dias contados da notificação, se manifeste, caso queira, sobre as seguintes ocorrências, alertando-a*

sobre a possibilidade de que futura decisão deste Tribunal venha a atingir seus interesses em relação ao Contrato TC 053-EG/2011/0014: b.1) constatação da ausência de fundamentação, baseada em estudos técnicos preliminares que assegurem a adequabilidade da solução final adotada, contendo justificativas técnicas-econômicas que motivassem a mudança da alternativa de solução para as trincas existentes, contida nos Anexos XIII-RF.03/000.73/12615/14, e XIII-RF.03/000.92/12611/15, para a utilização da geogrelha na pista de rolamento ***taxiway*** *Bravo e nos acostamentos da* ***taxiway*** *Mike do Aeroporto Internacional de Recife/PE, que resultou num acréscimo de R$ 1.033.025,57 no orçamento estimado*;". O Plenário do Tribunal endossou as medidas implementadas pelo Relator. ***Comunicação ao Plenário, TC 013.710/2011-7, rel. Ministro Aroldo Cedraz, 18.1.2011.***

A radical elevação dos custos de aquisição de material proveniente de jazidas para execução de obra rodoviária incorridos pela empresa contratada autoriza a celebração de aditivo com o intuito de reestabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

Pedido de reexame interposto pelo Ministério Público/TCU buscou reformar a deliberação contida no Acórdão nº 720/2008-Plenário, por meio da qual o Tribunal decidira acatar as razões de justificativas apresentadas pelos gestores do DNIT para: a) a realização de aditivos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de adequação de trecho rodoviário federal pertencente à BR-101, situado no Estado do Rio Grande do Sul, entre a Divisa SC/RS e Osório/RS, sem que restasse caracterizada restrição à sua utilização de jazidas por parte dos órgãos ambientais, que foi o motivo alegado para a revisão da Distância Média de Transporte implícita no projeto da obra; b) fixação, nos aditivos, de preços unitários para a areia (R$ 4,40/m3 no Lote 1; R$ 4,40 e R$ 6,70 no Lote 2) e o saibro (R$ 3,35/m3 no Lote 3) muito acima dos preços obtidos pela Secex/RS junto à revista Construção Mercado, que fornece os custos de R$ 2,41 para a areia e de R$ 1,68 para o saibro. Ao se debruçar sobre a matéria, o relator, em linha de consonância com o pronunciamento da unidade técnica especializada do Tribunal, manifestou-se favoravelmente à alteração empreendida no contrato TT-166/2004 com vistas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro rompido com a negativação das jazidas EC-01, EC-02 e EC-10, a despeito de registrar que, em regra, alterações do gênero devem ser suportadas pela contratada. Destacou "*a considerável discrepância entre o valor contratado (R$ 4,50) e os custos de escavação, carga e transporte do material a ser extraído das jazidas em comento sopesando-se as indenizações pleiteadas pelos respectivos proprietários, resultando num custo de R$ 13,85/m³ para as duas primeiras e de R$ 9,53/m³ para a jazida EC-10*". Acrescentou que a discrepância entre esses valores (da ordem de 197,66% de acréscimo), levando-se em conta a média dos preços exigidos pelos titulares dos direitos minerários e os volumes que seriam explorados em cada jazida, "*representa uma diferença de* ***R$ 3.680.366,71*** *entre o custo financeiro das caixas de empréstimos, levando-se em conta as condições impostas pelos titulares dos direitos exploratórios das jazidas EC-01, EC-02 e EC-10 (R$ 5.542.315,78), e o valor inicialmente contratado (R$ 1.861.949,07)*". E mais: "*o aumento de preço causado por fato novo – mesmo que de terceiro – que resulte em insuportável esforço para a contratada, justifica a aplicação da teoria da imprevisão adotada pela legislação pátria, em especial, pela Lei 8.666, de 21/6/1993, não se mostrando razoável, sob pena enriquecimento sem causa do Estado, compelir a contratada a arcar com tais riscos*". Ao final, o Tribunal, ao endossar proposta do relator, decidiu: "*9.1. com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, conhecer do pedido de reexame em epígrafe, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo em seus exatos termos a deliberação recorrida; 9.2. dar conhecimento do inteiro teor deste* ***decisum*** *ao recorrente e ao Dnit, determinando a esta entidade que, se abstenha de conceder o reequilíbrio econômico-financeiro de contrato fundado em alteração de localização de jazidas, aí incluída a hipótese de sua negativação, salvo em condições excepcionalíssimas, claramente configuradas e documentalmente comprovadas em cada caso concreto, nos termos das normas que regem a matéria*". ***Acórdão n.º 30/2012-Plenário, TC 010.813/2006-5, rel. Min. Aroldo Cedraz, 18.1.2012.***

A exigência de que motoniveladora a ser adquirida por meio de pregão presencial tenha fabricação nacional configura, em juízo preliminar, restrição indevida ao caráter competitivo do certame

Representação acusou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial 9/2011, promovido pela Prefeitura Municipal de Iguaba Grande/RJ, que tem por objeto a aquisição, entre outros itens, de uma motoniveladora. A autora da representação alegou que o edital da licitação teria violado o princípio da isonomia, ao exigir que a motoniveladora tivesse fabricação nacional e que, por isso, teria restringido sua participação, uma vez que o equipamento que fornece é de origem chinesa. Anotou que as especificações de seu equipamento são melhores que as especificadas pelo edital. E, também, que oferece as garantias necessárias e assistência técnica em todo o Estado do Rio de Janeiro. Acrescentou que a citada restrição

estaria vedada pela Lei 8.666/93, art. 3º, § 1º, inciso II. Apontou, ainda, possível dano ao erário que se configuraria com a aquisição de um bem nacional por preço superior ao que poderia ofertar. Requereu, ao final, a concessão de "medida liminar" para suspensão do certame até julgamento do mérito. A Relatora do feito, em linha de consonância com a proposta da unidade técnica, considerou pertinentes as ponderações da autora da representação e presente o requisito do **fumus boni juris**, "*uma vez que a regra legal é no sentido de permitir a maior competitividade possível entre os licitantes*". Anotou, na oportunidade, que o Tribunal, por meio do Acórdão 2.241/2011-Plenário, quando apreciou representação contra a exigência de fabricação nacional para retroescavadeiras a serem adquiridas por pregão eletrônico do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), decidiu determinar "*àquela Pasta que 'abstenha-se de promover licitações, cujo objeto seja exclusivamente de fabricação nacional, até que este Tribunal delibere sobre a questão*". Anotou, também, que a iminência de realização da sessão pública de abertura das propostas e realização de lances configura o **periculum in mora.** Por esses motivos, determinou, em caráter cautelar, "*a suspensão imediata do Pregão Presencial 9/2011 – PMIG ou da execução do contrato dele decorrente, caso já tenha sido firmado, até que este Tribunal delibere sobre o mérito da matéria*". O Plenário do Tribunal endossou essa providência. ***Comunicação ao Plenário, TC 037.779/2011-7, rel. Ministra Ana Arraes, 18.1.2011.***

As contratações de sistemas informatizados de gestão de material e patrimônio devem ser precedidas de procedimento licitatório, em respeito ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e no art. 2º, caput, da Lei 8.666/1993

Auditoria realizada pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação – Sefti, em cumprimento a determinação do Plenário do TCU, buscou avaliar "*as soluções adotadas, o nível concorrencial e a economicidade das aquisições, por parte dos entes governamentais, de sistemas informatizados para gestão de compras, almoxarifado, patrimônio, contratos e afins, bem como a viabilidade da Administração adquirir ou contratar o desenvolvimento desse tipo de sistema de uma forma centralizada*". Foram dirigidos questionários a 470 órgãos da Administração Pública Federal (326 apresentaram resposta), com o propósito fundamental de mapear as soluções para os sistemas informatizados de gestão de material e patrimônio (SMP) por eles adotados e a forma pela qual foram contratados. Além disso, a Sefti efetuou fiscalização **in loco** em sete entes da Administração Federal. A relatora do feito historiou a forma de contratação desses sistemas no passado recente e relacionou os principais achados de auditoria entre os identificados pela equipe técnica. Anotou, em primeiro momento, que "*as contratações de soluções de SMP ocorridas até meados de 2005 foram restritivas e no presente continua havendo restrição à competição*" e afrontaram o que dispõem o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (CF), e o art. 2º, *caput*, da Lei 8.666/1993. Observou que: "*até a prolação do acórdão 1.057/2006 – 2ª Câmara, o TCU não considerava ilegal a contratação da empresa Link Data por inexigibilidade de licitação. Pela legalidade de inexigibilidades em favor dessa empresa foram as decisões plenárias 455/1996, 71/1997, 846/1998 e 1.101/2002*". E que: "*A partir da mencionada deliberação de 2006, ou seja, antes da entrada em vigor da IN SLTI/MPOG 4/2008, a jurisprudência desta Corte havia passado por um momento de inflexão, deixando de considerar legais as referidas inexigibilidades de licitação, por entender que havia possibilidade de competição na contratação de sistemas como o ASI, da Link Data*". Considerou a relatora, porém, desnecessária a edição de determinações a entes da Administração e a adoção de medidas com o intuito de responsabilização de agentes públicos, tendo em vista que: a) a maior parte das contratações da Link Data por inexigibilidade de licitação ter se iniciado em meados dos anos 2000 (ou em período anterior), antes, portanto, da prolação do acórdão 1.057/2006 – 2ª Câmara; b) o fato de que a matéria encontra-se pacificada no âmbito desta Corte; c) as normas vigentes indicam claramente a necessidade de realização de licitação para contratação desses sistemas. Sinalizou, contudo, em seu Voto, que novas "*migrações*" dos atuais sistemas SMP para o sistema Web do ASI, "*que possam ser reconhecidas como novos contratos*", devem ser precedidas do devido processo licitatório. Registrou, também, a necessidade de responsabilização de gestores públicos que, sem motivo justo, deixarem de realizá-lo. ***Acórdão n.º 54/2012-Plenário, TC 032.821/2008-0, rel. Min. Ana Arraes, 18.1.2012.***

A aquisição de sistema informatizado de gestão de material e patrimônio pressupõe a realização de estudos técnicos preliminares, de plano de trabalho e de projeto básico que levem em conta as reais necessidades do contratante e que estejam calcados em estimativa consistente de preço

Na já referida auditoria que teve por objeto os sistemas informatizados de gestão de material e patrimônio, a relatora observou também que, "*Além de diversas aquisições não terem sido precedidas do devido processo licitatório (...), verificou-se fragilidade no planejamento das aquisições, caracterizada pela ausência ou insuficiência de estudos técnicos preliminares, de planos de trabalho e de projetos básicos*". E prosseguiu: "*O desconhecimento da demanda, previamente à aquisição dos sistemas, foi uma das principais fragilidades (causas) identificadas pela Sefti, que registrou em seu relatório que 'nos casos concretos analisados, os órgãos vincularam seus contratos à vontade da contratada expressa por meio de suas propostas comerciais'...*". Ressaltou que essa inversão de papéis é inaceitável, visto que implica o direcionamento das aquisições dos entes da Administração, com o objetivo de fazer frente às expectativas comerciais de empresas contratadas, "*com base nas funcionalidades de seus softwares*", e não nas reais necessidades do contratante. Segundo a relatora, tal incongruência pode acarretar aquisições antieconômicas, o que também configura violação aos comandos do art. 2º do Decreto 2.271/1997 (quanto aos planos de trabalho) e do art. 6º, inciso IX, da Lei de Licitações (no que diz respeito aos projetos básicos). Além disso, nas sete visitas ***in loco***, "*foram encontrados processos que sequer possuíam pesquisa de preços, mesmo que superficial*", e a análise das respostas aos questionários eletrônicos mostrou que "*apenas 45%* [dos respondentes] *afirmaram ter realizado estimativa de preço realizada com base em informações de diversas fontes*", conforme destacou a unidade técnica. A relatora, ao incorporar a análise da Sefti, registrou a necessidade de observância de orientação contida no Acórdão nº. 2.170/2007 – Plenário, "*visto que naquela deliberação foram discutidos, de modo percuciente, entre outros aspectos, os parâmetros que podem nortear o gestor público a realizar, de modo adequado, a pesquisa de preços que antecede o lançamento do processo licitatório*". O Tribunal, então, ao endossar proposta da relatora, decidiu recomendar ao MPOG que oriente os integrantes do Sistema de Administração de Recursos de Informação e Informática–Sisp a executarem as seguintes ações nas contratações de serviços de tecnologia da informação (TI): "*9.2.2. elaborar plano de trabalho, inclusive nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, em atenção ao disposto no art. 2º do Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997; 9.2.3. instruir cada processo de contratação com termo de referência ou projeto básico à luz do item 9.1 do acórdão 2.471/2008 - Plenário, inclusive nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, em atenção ao disposto no inciso II do art. 21 do Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000, no inciso IX do art. 6º da Lei 8.666/1993, e no art. 17 da IN SLTI/MPOG 4/2008; 9.2.4. definir e especificar o objeto a ser contratado de forma precisa, suficiente e clara, caracterizando-o de forma adequada, inclusive nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, em atenção ao disposto no art. 14 da Lei 8.666/1993, c/c a Súmula TCU 177; 9.2.5. elaborar orçamento detalhado em planilhas à luz do acórdão 2.170/2007 – Plenário e do item 9.1.6 do acórdão 2.471/2008 – Plenário, inclusive nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, em atenção ao disposto nos arts. 6º, inciso IX, alínea "f", e 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993*". O Tribunal expediu, também, recomendação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ contendo orientações de mesmo teor destinadas às entidades do Poder Judiciário federal. ***Acórdão n.º 54/2012-Plenário, TC 032.821/2008-0, rel. Min. Ana Arraes, 18.1.2012.***

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

PERÍODO DE 8/12/2011 A DE 23/1/2012.

Lei nº 12.440/2011, de 7/7/2011, com início de vigência em 4/1/2012: instituiu a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) e alterou a Lei nº 8.666/1993 para exigir a documentação de regularidade trabalhista como requisito imprescindível à habilitação dos interessados nas licitações.

Decreto nº 7670 de 16/1/2012: alterou dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, e dos Decretos nº 88.066, de 26 de janeiro de 1983, e nº 5.820, de 29 de junho de 2006.

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessão: 24 e 25 de janeiro de 2012
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

PLENÁRIO

A exigência contida no edital de tomada de preços para construção de unidade de saúde de que visita técnica de licitante ao local da obra ocorra em dia e hora únicos e previamente especificados configura restrição indevida ao caráter competitivo do certame
Representação formulada por empresa de engenharia apontou possíveis irregularidades na condução da tomada de preço 13/2011, que está sendo conduzida pela Prefeitura Municipal de Viçosa/AL e que tem por objeto a construção de uma unidade básica de saúde. O principal indício de ilicitude identificado foi a exigência contida no edital de que a visita técnica do licitante ao local da obra deveria ocorrer em dia e hora únicos, com a presença de servidor da prefeitura. Fundamentalmente por esse motivo, o relator do feito decidira determinar a suspensão cautelar do certame e a oitiva do citado município. Ao examinar os esclarecimentos apresentados, a unidade técnica anotou que participam do certame duas empresas, sendo que uma delas foi inabilitada "*justamente não ter apresentado a declaração de vistoria*". O relator observou que "*a jurisprudência do TCU considera que a exigência de o responsável técnico pela obra participar de visita técnica ao local do empreendimento, em dia e hora únicos a todas as licitantes, afronta os dispositivos da Lei nº 8.666/1993, que vedam cláusulas ou condições que frustrem o caráter competitivo da licitação (Acórdãos n° 2.150/2008, Acórdão nº 1.174/2008 e Acórdão nº 1599/2010, todos do Plenário)*". Considerou, ainda, insuscetível de acolhida a alegação do prefeito de que as empresas impossibilitadas de comparecer no dia e hora especificados no edital poderiam agendar a visita técnica em outra data. Exatamente porque "*tal medida configuraria tratamento desigual aos licitantes e descumprimento das regras estabelecidas no edital,*

com consequente ofensa ao princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório". Essencialmente por esse motivo, ao acolher proposta do relator, o Tribunal fixou prazo de 15 dias para que o Município de Viçosa/AL adote medidas "*no sentido de anular a Tomada de Preços nº 13/2011*". Decidiu, ainda, dar ciência ao Município de Viçosa/AL de outras irregularidades verificadas no edital da Tomada de Preços nº 13/2011, com o intuito de evitar ocorrências de mesma natureza que as verificadas no citado certame nas próximas licitações do município em que se utilizem recursos federais. ***Acórdão n.º 110/2012-Plenário, TC 032.651/2011-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 25.1.2012.***

Peculiaridades de mercado, limitações de armazenamento, inexistência de dano ao erário e de favorecimento de empresas são circunstâncias capazes de atenuar a gravidade do fracionamento na aquisição de merenda escolar por município da região amazônica e de, juntamente com impropriedade na fundamentação da deliberação recorrida, justificar a desconstituição de multa imposta a responsável

Pedido de Reexame formulado por ex-Prefeito do município de Maués/AM buscou alterar deliberação proferida por meio do Acórdão 2109/2011, que o havia condenado ao pagamento de multa art. 58, incisos II e III, da Lei nº 8.443/1992, no valor de R$ 10.000,00. O motivo fundamental de sua apenação foi o fracionamento de despesa nas aquisições da merenda escolar, quando da gestão de recursos oriundos Programa Nacional de Merenda Escolar (PNAE). Em vez de realizar concorrência para adquirir os respectivos produtos, utilizou-se de uma tomada de preços e de sete convites, no valor total de R$ 745.346,00, o que teria contrariado o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93. A unidade técnica, após examinar os argumentos do recorrente, terminou por sugerir a manutenção da deliberação impugnada. O relator do processo, contudo, dissentiu dessa proposta de encaminhamento. Ponderou que o responsável foi indevidamente chamado a se pronunciar sobre suposta violação ao contido no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93. Ressaltou, porém, que esse dispositivo *"refere-se apenas a obras e serviços*". Teria havido, por isso, prejuízo à defesa do responsável, que, no curso do processo, "*centrou seus argumentos na impossibilidade de aplicação ao caso concreto do § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, quando, na realidade, este dispositivo só tem sentido se aplicado em conjunto com o § 2º do mesmo artigo*". Segundo o relator, "*a falha na fundamentação do Acórdão não constitui simples erro material*". E prosseguiu: "*houve prejuízo à defesa do responsável, que, ao longo de todo o processo, centrou seus argumentos na impossibilidade de aplicação ao caso concreto do § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, quando, na realidade, este dispositivo só tem sentido se aplicado em conjunto com o § 2º do mesmo artigo*". O relator registrou, quanto às contingências das aquisições realizadas, que a utilização de uma única licitação seria exigível "*se houvesse um bom cronograma de entregas, pois, pelas circunstâncias relatadas nos autos, é possível inferir as dificuldades logísticas enfrentadas pelo planejamento de compras, principalmente em se tratando de um município amazônico cujo único acesso é feito por meio de embarcações sujeitas ao severo regime de chuvas da região*. Acrescentou que "*são inegáveis as peculiaridades dos mercados nos confins amazônicos e previsíveis as limitações de armazenamento e estocagem dos pequenos municípios brasileiros*". Ressaltou, ao final, inexistirem indícios de favorecimento indevido, de direcionamento das licitações realizadas e de prejuízos ao interesse público em decorrência da adoção de modalidade licitatória distinta de concorrência. O Plenário do Tribunal, por com base nesses fundamentos, ao endossar a proposta do relator, decidiu conceder provimento ao recurso do responsável e isentá-lo da multa que lhe havia sido aplicada. Precedente citado: Acórdão 2761/2008 - Segunda Câmara. ***Acórdão n.º 101/2012-Plenário, TC 011.886/2010-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 25.1.2012.***

É ilícita a utilização do sistema de registro de preços, por falta de observância dos comandos contidos nos incisos do art. 2º do Decreto nº 3.931, de 19/9/2001, quando as peculiaridades do objeto a ser executado e sua localização indicam que só será possível uma única contratação

Representação formulada por empresa apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 119/2011, que tem por objeto a contratação de empresa de engenharia para executar serviços de ampliação e melhoria da rede de distribuição de energia elétrica, aérea, trifásica, compacta, protegida em média tensão (MT), baixa tensão (BT) e iluminação pública, na área interna do campus Universidade Federal do Amazonas (UFAM), na cidade de Manaus. Em razão de indícios de irregularidade, o Tribunal havia determinado, em caráter cautelar, a suspensão do certame. Promoveu, também, oitivas da UFAM e da empresa selecionada no certame. Entre as ocorrências apontadas, destaca-se a seguinte: "*Realização do Pregão nº 119/2011 para registro de preço, sem que o objeto licitado atendesse a nenhum dos pressupostos estabelecidos nos incisos do art. 2º do Decreto nº 3.931, de 19/9/2001, ou que houvesse justificativa e*

caracterização de vantagem econômica do registro de preço, haja vista que pelas peculiaridades e a localização explicitada no edital do pregão, bem como a exigência de visita técnica prévia, só será possível a contratação uma única vez, especificamente, para este serviço". O relator, ao efetuar exame dos esclarecimentos apresentados, registrou: "*... restou evidente que a modalidade utilizada pretendeu agilizar a contratação, ante a falta de crédito orçamentário quando da deflagração da licitação*". E mais: "*na forma como foi concebido o certame só seria possível a contratação uma única vez, para o serviço ali explicitado, situação que descaracteriza por completo a opção pelo sistema de registro de preço*". Valeu-se também de pronunciamento anterior, em que despachou sobre situação similar à que ora se examina: "*... a ata se encerra ou com o término da sua vigência ou com a contratação da totalidade do objeto nela registrado*". Naquela ocasião, observou: "*Atenta contra os princípios da razoabilidade e da finalidade o ente público ('orgão gerenciador', nos termos do art. 1º, parágrafo único, III, do Decreto Federal nº 3.931/2001) valer-se do sistema de registro de preços para celebrar contrato com objeto absolutamente idêntico ao da ata que lhe deu origem, isto é, constituir uma ata de registro de preços para simplesmente firmar contrato pela totalidade do valor da ata. Não se pode aceitar aqui o argumento de que, nesse caso, a ata ainda teria utilidade para os 'caronas', uma vez que sua finalidade precípua – sua razão maior de ser – é o atendimento às necessidades do gerenciador e dos eventuais participantes (art. 2º, III, do Decreto Federal nº 3.931/2001)".* A despeito disso, por não ter sido identificado nenhum prejuízo à UFAM, deixou de acolher a proposta de audiência dos responsáveis sobre a ocorrência. Observou ainda que o contrato com a referida empresa já havia sido assinado quando da expedição deliberação cautelar acima referida. Por esses motivos, ao acolher proposta do relator, o Tribunal decidiu: a) revogar a medida cautelar anteriormente adotada; b) determinar à Universidade Federal do Amazonas - UFAM que: "*9.3.1. ao proceder à realização de processo licitatório para registro de preços, atente para as condições expressas no art. 2º do Decreto nº 3.931/2001, que tornam incompatível, a princípio, a contratação pelo valor total do objeto licitado; 9.3.2 se abstenha de autorizar a adesão de outros órgãos ou entidades à Ata de Registro de Preços decorrente do Pregão Eletrônico 119/2011*". ***Acórdão n.º 113/2012-Plenário, TC 037.819/2011-9, rel. Min. José Jorge, 25.1.2012.***

Indícios de irregularidades na condução de concorrência para contratação de serviços de advocacia por empresa pública, entre eles a ausência de estudos técnicos prévios e de pesquisa de mercado para verificação da viabilidade de parcelamento desse objeto, a coincidência entre tais serviços e as atribuições de cargo de advogado da contratante e a falta de definição adequada dos limites de atuação de "escritórios parceiros", justificam a suspensão cautelar do referido certame

Representação, com pedido de medida cautelar, formulada por sociedade de advogados apontou possíveis irregularidades no edital da concorrência 2/2011 Galic-AC/CBTU, conduzida pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), visando à contratação de serviços técnicos de advocacia. O relator do feito, após examinar resposta a oitiva da citada empresa, em linha de consonância com análise da unidade técnica, considerou subsistirem indícios de ilegalidades relevantes, entre os quais destacam-se os seguintes: I) "*... ausência de estudo técnico, financeiro e/ou de pesquisa de mercado que pudesse amparar a decisão de realização de licitação (Concorrência nº 002/2011 Galic AC/CBTU) visando contratar um único escritório para a prestação de serviços técnicos de advocacia envolvendo o patrocínio da totalidade das 6.562 ações, distribuídas por várias unidades da Federação, conforme item 2.1 do edital, em afronta ao princípio da motivação insculpido no art. 2º da Lei 9.784/1999, uma vez que não foi justificado o não parcelamento do objeto, conforme prescreve o art. 23, §1º, da Lei 8.666/1993, e em inobservância à jurisprudência pacífica do TCU (Acórdãos 839/2009, 2389/2007, 262/2010, 2864/2008 e 2625/2008, todos do Plenário)";* II) coincidência entre o objeto da licitação (serviços de advocacia) e as atribuições do plano de cargos da empresa que contempla categoria funcional específica (advogado), com aparente afronta ao que dispõe o art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997, segundo o qual: "*não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal*"; III) falta de especificação das atividades que seriam executadas pelos ditos escritórios parceiros (correspondentes em localidades nas quais o contratado não disponha de filiais - item 5.3.5 do edital), "*os quais, se puderem agir com plenos poderes em juízo, tornam sem sentido os critérios editalícios (aplicáveis apenas aos escritórios participantes da licitação), uma vez que o objeto contratual poderia ser concretamente executado por escritórios e profissionais com qualificações distintas daquelas utilizados para fins de pontuação técnica, contrariando os objetivos perseguidos pela própria administração ao estabelecer tais critérios*". Ao final, em face desses e demais indícios de irregularidades,

levando em conta ainda, a necessidade dc "*aprofundar o exame dos fatos, da doutrina e da jurisprudência deste Tribunal para prolação da decisão definitiva*", o relator determinou a suspensão da concorrência 2/2011 Galic-AC/CBTU até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas. ***Comunicação ao Plenário, TC 032.341/2011-3, rel. Ministro Weder de Oliveira, 25.1.2011.***

Indícios de sobrepreço e de superfaturamento em serviço inserido por meio de aditivo a contrato de implantação de obra de acesso rodoviário justificam a retenção cautelar dos respectivos valores em pagamentos futuros até deliberação definitiva do Tribunal

Auditoria realizada nas obras de implantação do acesso rodoviário ao Porto de Salvador/BA, custeadas com recursos do convênio TT-026/2008-00, celebrado entre o Dnit e a Secretaria de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia (Sedur), apontou indícios de irregularidades na execução do contrato celebrado entre a Companhia de Desenvolvimento Urbano do estado da Bahia (Conder) e a Construtora OAS Ltda. Tal contrato, que tinha valor inicial de R$ 204.456.532,18, sofreu três aditivos para viabilizar correção de quantitativos e alterações de projetos e assumiu o valor de R$ 223.910.317,31. Foram realizadas oitivas da Conder e da OAS Ltda. para que se manifestassem sobre a "***a)*** *formalização de aditivos contratuais antieconômico, especialmente o terceiro aditivo ao Contrato nº 32/2009, o que resultou na diminuição irregular no desconto inicial do contrato em relação a preços referenciais, de 23,35% para 20,13%, cuja diferença foi estimada em R$ 7.260.101,12 (setembro/2007) em desfavor do erário federal, contrariando o disposto no §6º do artigo 112 da Lei nº 12.017/2009 (LDO 2010) e o § 6º do art. 109 da Lei nº 11.768/2008 – (item III.1 do relatório precedente);* ***b)*** *superfaturamento verificado na medição do serviço "Fornecimento e fabricação da superestrutura metálica", decorrente da majoração indevida, na composição dos preços unitários, dos consumos dos itens "viga metálica – ASTM A-572", "Chapa grossa – ASTM A-572" e "Parafusos" (item III.2 do relatório precedente), além do sobrepreço verificado no insumo "viga metálica – ASTM A-572", contrariando os seguintes dispositivos legais: § 6º do art. 112 da Lei º12.017/2009 (LDO 2010), § 6º do art. 109 da Lei 1.768/2008 (LDO 2009) e art. 7º, § 4º, da Lei 8.666/1993 e arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964*". A Unidade Técnica, após examinar as respostas às oitivas realizadas, sugeriu, entre várias providências, determinar ao Dnit: a) em caráter cautelar, que promova a retenção do montante de R$ 7.260.101,12 nos pagamentos a serem realizados à contratada; b) adote providências com o intuito de repactuar o Contrato 32/2009, reduzindo seu valor em R$ 7.260.101,12, a fim garantir a recomposição do desconto original obtido na licitação. O relator do feito considerou, em consonância com a unidade técnica, subsistirem os indícios de sobrepreço e de superfaturamento no serviço "*Fornecimento e fabricação da superestrutura metálica*" incluído no 3º termo aditivo ao Contrato, no valor de R$ 3.136.854,45. Ressaltou também que as LDO's para os exercícios de 2009 e 2010 impõem a manutenção da diferença percentual entre o valor contratado e o referencial de mercado. A despeito disso, ressalvou: "*A respeito do cálculo do valor do desconto realizado com base na curva ABC, em análise preliminar, considero não se constituir em método adequado para apurar o 'valor global do contrato' como base de cálculo para apurar a "diferença percentual" (desconto) mencionada na LDO, pois não se mostra apta a permitir inferir que o desconto dos itens não analisados não teriam o condão de alterar o desconto global médio do contrato*". Observou, também, que: "*não resta evidenciado nos autos que o valor de R$ 4.123.246,67, decorrente da mera redução do desconto global originalmente estimado (sem que esteja configurado sobrepreço), representa efetivamente dano ao erário*". Considerou prudente, quanto a essa parcela do suposto dano, apenas exigir da Conder "*a memória de cálculo do desconto percentual obtido originalmente e a do novo desconto obtido após a assinatura dos termos aditivos ao Contrato 32/2009*", a fim de viabilizar análise futura. O Tribunal, então, ao endossar proposta do relator decidiu: I) determinar ao Dnit, em caráter cautelar, que adote providências no sentido de promover a retenção de pagamentos futuros no montante de R$ 3.136.854,45, até que este Tribunal delibere, no mérito, sobre a questão concernente ao superfaturamento verificado na medição do serviço "*Fornecimento e fabricação da superestrutura metálica*", além do sobrepreço verificado no insumo "viga metálica – ASTM A-572", "*contrariando os seguintes dispositivos legais: § 6º do art. 112 da Lei º 12.017/2009 (LDO 2010), § 6º do art. 109 da Lei nº 11.768, de 14/8/2008 (LDO 2009) e art. 7º, § 4º, da Lei nº 8.666/1993 e arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964 - item III.2 do relatório de auditoria)*"; II) determinar à Conder e facultar à OAS Ltda. que se manifestem sobre os referidos superfaturamento e sobrepreço; III) determinar à Conder, "*responsável, no caso concreto, por garantir a irredutibilidade, em favor do contratado, da diferença percentual entre o valor global do Contrato 32/2009 e o obtido a partir dos custos unitários do Sicro, nos termos do art. 112, § 6º, da Lei 11.768/2008 (LDO 2009), em razão da assinatura de aditivos que modificaram a planilha orçamentária, que, no prazo de 30 (trinta) dias a partir da data de ciência deste acórdão, apresente a memória de cálculo do desconto percentual obtido*

originalmente e a do novo desconto obtido após a assinatura dos termos aditivos ao Contrato 32/2009". ***Acórdão n.º 102/2012-Plenário, TC 008.789/2011-8, rel. Min. Weder de Oliveira, 18.1.2012.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Sessões: 7 e 8 de fevereiro de 2012
Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

SEGUNDA CÂMARA

Nos casos de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação para serviços complexos, compostos por itens diversos, a contratante deve, sempre que possível, fazer constar dos respectivos processos a planilha de custos dos itens unitários, em respeito ao que dispõem o art. 7º, § 2º, inciso II e o § 9º do mesmo artigo, todos da Lei 8.666/93
Pedido de reexame interposto pelo Banco do Brasil S.A. requereu a reforma de deliberação proferida nos autos de representação que apontou supostas irregularidades na contratação da empresa Cobra Tecnologia S.A., por dispensa de licitação, com suporte no art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/1993. Tal contrato tem por objeto a prestação de serviços de processamento eletrônico de envelopes que são postados em terminais de autoatendimento. Anotou o relator que os questionamentos iniciais estavam embasados na premissa de que o serviço seria divisível em itens (processamento de numerário, processamento de documentos e digitalização dos cartões de autógrafos). E de que, por isso, o banco deveria ter elaborado orçamento para

apuração de seus custos unitários, em face do disposto no art. 7º, § 2º, inciso II, e § 9º da Lei 8.666/1993, "*de modo a verificar se os preços contratados eram compatíveis com os de mercado, atendendo à exigência da parte final do art. 24, inciso XXIII, bem como para fundamentar a justificativa do preço que deve constar dos processos de dispensa e inexigibilidade, conforme art. 26, parágrafo único, inciso III, da referida lei*". A despeito de julgar improcedente a representação, o Tribunal, por meio Acórdão 3.356/2007-2ª Câmara, determinou ao Banco do Brasil que, doravante, "*instrua seus processos de contratação por inexigibilidade ou dispensa de licitação para serviços complexos, compostos por itens diversos entre si com a planilha de custos dos itens unitários, nos moldes do disposto no art. 7º, § 2º, inciso II e § 9º do mesmo artigo, todos da Lei 8.666/93* (...)". O Banco do Brasil, em seu recurso contra essa decisão, argumentou: a) "*Não seria simples a elaboração de planilha de custos de itens unitários relativa a serviços que envolvam componentes diversos, como mão-de-obra, inteligência no desenvolvimento de softwares e investimento em tecnologias cada vez mais avançadas*"; b) "*A especificação dos custos unitários de cada item integrante de tais serviços não teria o condão de 'garantir a eficiência administrativa' e implicaria custos adicionais*"; c) efetuou a contratação dos serviços com a empresa que cotou o menor preço total; d) "*avaliou o benefício de contratar empresas diversas para prestar cada serviço, diante do fato de que seriam de comum emprego a todos os serviços tanto o sítio na rede mundial de computadores como a 'solução tecnológica' ...*". A relatora do feito, ao reconhecer a plausibilidade de argumentos trazidos pelo recorrente, ressaltou que "*as três macroatividades inseridas no serviço contratado eram interligadas, não cabendo a sua segregação por questão de segurança*" e que "*o site disponibilizado pelo Banco e a solução tecnológica empregada para a prestação dos serviços seriam comuns às atividades*". Ponderou que a contratada desenvolvera software específico para o serviço demandado e o adaptou às necessidades do Banco do Brasil. Acrescentou: "***há serviços que podem ser desmembrados em itens e há outros que não***" – grifou-se. Nesse sentido, anotou que: "*as informações prestadas pelo Banco do Brasil, na fase de saneamento dos autos, permitem (...) concluir que o serviço em foco não poderia ser contratado por partes, principalmente por se tratar de área extremamente sensível na atividade bancária, com impacto direto nos interesses do próprio Banco e de correntistas (saques e depósitos em contas correntes e verificação da fidedignidade de assinaturas)*". Anotou que, no caso concreto, atendeu-se "*à parte final do art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993*". Quanto ao cerne da determinação recorrida, a despeito de considerá-la, como regra, adequada, entendeu pertinente reformulá-la. O Tribunal, então, ao acolher proposta da relatora, decidiu conceder provimento parcial ao citado pedido de reexame, a fim de conferir ao mencionado comando a seguinte redação: "*nos casos de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação para serviços complexos, compostos por itens diversos, instrua, <u>sempre que possível</u>, os respectivos processos com a planilha de custos dos itens unitários, nos moldes do disposto no art. 7º, § 2º, inciso II e § 9º do mesmo artigo, todos da Lei 8.666/93*(...)" – grifou-se. ***Acórdão n.º 690/2012-Segunda Câmara, TC 011.420/2007-0, rel. Min. Ana Arraes, 7.2.2012.***

PLENÁRIO

A aprovação das contas de convênio celebrado entre o DNIT e o DER/PE para a execução de obras de duplicação e restauração de pavimento e execução de obras de arte especiais em rodovia demanda a demonstração de que o pavimento a ser executado é capaz de suportar o volume de tráfego da rodovia e de garantir vida útil especificada no projeto executivo da obra, assim como de que as obras de artes especiais e complementares tenham qualidade satisfatória

Representação de equipe de auditoria do Tribunal apontou indícios de irregularidade em contrato para elaboração de projeto, supervisão e execução das obras de duplicação, restauração e execução de obras de arte no trecho da BR- 101/PE situado entre as cidades de Ponte dos Carvalhos e Cabo de Santo Agostinho (km 94,9 a km 98,7), objeto do Convênio nº 056/2002-00, celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e o Departamento de Estradas e Rodagem de Pernambuco (DER/PE). Com base em relatório de fiscalização do Tribunal de Contas de Pernambuco, a Secretaria de Obras – 2 do TCU diligenciou ao Dnit a fim de que informasse as providências já adotadas com a finalidade de corrigir os seguintes vícios construtivos: "*a) desalinhamento na construção do viaduto de acesso à PE-060; b) problemas estruturais em apoio elastomérico da ponte sobre o Rio Pirapama; c) problemas na estrutura do pavimento asfáltico e do pavimento do concreto; d) evidências de serviços mal executados nas obras de arte especiais; e) desmoronamentos e deslizamentos dos taludes; f) má qualidade na execução das barreiras de proteção*". Em resposta, o DNIT apresentou termo de compromisso firmado entre a contratada Galvão Engenharia S.A. e o DER/PE, com o objetivo de realizar reparos naquela obra. O valor dos serviços corretivos a serem promovidos pela contratada, sem ônus para a contratante foi estimado em R$

2.178.605,86. Tendo em vista, porém, que não houve encaminhamento do projeto das intervenções a serem implementadas, a unidade técnica propôs que o DNIT condicione a aprovação de contas do citado convênio à apresentação de dados técnicos capazes de demonstrar a compatibilidade entre a qualidade dos serviços que vierem a ser executados e as especificações do contrato. O relator, após anotar que "*as tratativas administrativas para reparação do dano estão em pleno curso*" e que a empreiteira "*é objetivamente responsável pela solidez e segurança da obra por um prazo irredutível de cinco anos*", consoante disposto no art. 618 do Código Civil, endossou a sugestão de encaminhamento fornecida pela unidade técnica. Acrescentou a necessidade de a autarquia instaurar tomada de contas especial no caso de os reparos não serem realizados satisfatoriamente. O Tribunal, então, com base em proposta do relator, decidiu, quanto ao objeto do Convênio nº 056/2002-00, determinar ao Dnit que "*9.2.1. condicione a aprovação da prestação de contas do convênio e o recebimento definitivo da obra ao seguinte: 9.2.1.1. obtenção da condição funcional e estrutural satisfatória do pavimento da obra, tomada a partir de resultados dos ensaios de LVC, IRI, FWD a serem realizados após as intervenções, com resultados compatíveis com os índices de IRI e IGG e deflexão admissível coerentes com o que se espera de um pavimento com volume de tráfego e vida útil tal qual definido no projeto executivo da obra; 9.2.1.2. resultado satisfatório das condições das obras de artes especiais e complementares conforme preconizado no Manual de Inspeção de Obras de Arte Especiais do DNIT, assim que concluídas as intervenções nas obras de arte especiais, elementos de drenagem e barreiras New Jersey; 9.2.2. encaminhe ao Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da ciência, laudo conclusivo que ateste as condições listadas nos itens supra, bem como a situação da prestação de contas do convênio e recebimento definitivo da obra; 9.2.3. instaure a devida tomada de contas especial no caso de insucesso das medidas administrativas para reparação do dano decorrente da execução do objeto do Convênio nº 056/2002-00 com qualidade deficiente* (...)". ***Acórdão n.º 252/2012-Plenário, TC-014.265/2009-1, rel. Min. Valmir Campelo, 8.2.2012.***

A apresentação de Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço forjado, com o objetivo de permitir a participação de empresa em licitação, configura fraude e justifica sua inabilitação para participar de certames licitatórios no âmbito da Administração Pública Federal

Representação formulada pela Procuradoria-Geral do Estado do Piauí acusou a ocorrência de irregularidade cometida por empresa na licitação conduzida pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Piauí (SSP/PI), visando à conclusão das obras de construção de instalações do 4º Batalhão da Polícia Militar do Piauí, na cidade de Picos/PI, com utilização de recursos federais. Aquela Procuradoria registrou a apresentação por licitante de Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço adulterado. Tal expediente garantiu sua participação no certame e permitiu que viesse a vencê-lo. A SSP/PI instaurou processo administrativo que resultou na anulação do Contrato nº 41/SSPPI/2010 e, ao final, na declaração, com base nos arts. 87, inciso IV, e 88, incisos II e III, da Lei 8.666/93, da inidoneidade dessa empresa para contratar com a Administração Pública. O Relator, ao examinar as razões apresentadas pela empresa, lembrou que "*a prova da regularidade relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é requisito indispensável para habilitação em licitação pública, conforme disposto no art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993*". Anotou também que, segundo o art. 27 da Lei nº 8.036/1990, que disciplina o FGTS, a apresentação do certificado de regularidade do FGTS fornecido pela CEF é obrigatória para participação em licitação promovida por órgão da administração federal, estadual e municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, estado e município. Observou que o certificado apresentado por certa empresa, "*com período de validade entre 13/7/2010 e 11/8/2010, não se mostrou condizente com o verdadeiro CRF emitido pela Caixa Econômica Federal (CEF), sob o número 2010070915421022630016, cuja validade findou em 7/8/2010*". Tal fato foi confirmado pela CEF. E mais: "*Como a licitação processou-se em 8/8/2010, recai sobre referida sociedade empresária grave irregularidade, visto que, sem o certificado, provavelmente seria desclassificada do certame, a não ser por decisão judicial – precária ou definitiva – que lhe assegurasse direito a dele participar*". O relator não ignorou o fato de que a empresa, em liminar concedida pelo juízo da 2º Vara Federal do Piauí, em 18/10/2010, teve "*o reconhecimento do direito à regularidade junto ao FGTS*" que abrangeria, segundo seu entendimento, período que satisfaria as exigências do edital da licitação. Levou em conta também que, posteriormente, seu pedido foi julgado procedente no tocante ao mérito, tendo-lhe sido concedida a segurança. Anotou, porém, que esse provimento judicial "*só foi garantido depois de três meses do processamento da licitação*". Ponderou, ainda, que a licitante, em vez de apresentar certificado eivado de vício, poderia ter quitado seus débitos junto ao FGTS com antecedência ou pleiteado autorização judicial que lhe garantisse a participação no certame. O Tribunal, então, ao acolher proposta do Relator, decidiu: a)

conhecer a representação; b) com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992, declarar a empresa inidônea, pelo período de um ano, para participar de licitação no âmbito da Administração Pública Federal. Precedente mencionado: Acórdão nº 548/2007-Plenário. ***Acórdão n.º 260/2012-Plenário, TC-032.693/2010-9, rel. Min. Augusto Nardes, 8.2.2012.***

Alterações substanciais em itens que integram lote de licitação que tem por objetivo a conformação de ata de registro de preços demandam a republicação do edital e a reabertura do prazo para formulação de propostas, em respeito ao disposto no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993 e no art. 20 do Decreto 5.450/2005

Representação formulada por empresa apontou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico 25/2011, promovido pelo Comando da Brigada de Infantaria Paraquedista (Brigada), que tem por objeto o registro de preços, do tipo menor preço por lote, visando a aquisição de material para serviço de aprovisionamento. O objeto do pregão compõe-se de 14 lotes, que foram conformados em razão de semelhanças entre seus itens. Ao todo, foram especificados 185 itens. Ao examinar os elementos trazidos aos autos, anotou o relator que "*o lote 12, objeto da representação, era composto de 101 itens de utensílios domésticos, como açucareiros, baldes de gelo, bandejas, baixelas, bules, talheres, copos, xícaras, coadores de café, refratários, dentre outros*". Esse lote teve valor estimado de R$ 1.800.860,96, o que correspondeu a cerca de 15,70% da estimativa global da contratação. Ocorre que, ao apreciar impugnação de licitante, em resposta encaminhada por meio eletrônico a ele, reconheceu que "*alguns itens que compõem o lote 12, são discrepantes do restante dos materiais*". Em decorrência dessa ausência de características comuns, informou ao licitante "*que os itens 125, 126, 127, 128, 129, 130, 144, 145, 149, 150, 158 e 174 seriam excluídos do certame*". A despeito disso, não foi efetuada publicação dessa impugnação, nem de sua resposta no campo próprio do sistema. Conforme registrado pela unidade técnica, os demais licitantes somente foram informados sobre o cancelamento dos citados itens após a abertura das propostas, mediante aviso no sistema Comprasnet. O relator do feito, ao examinar essa questão, ponderou: "*Pela relevância da quantidade e do valor dos itens excluídos em relação ao total do lote, o cancelamento dos itens do grupo 12 constitui alteração substancial no objeto da licitação*". Tais alterações, portanto, demandavam a "*republicação do edital e de reabertura do prazo para formulação de propostas, se o órgão licitante pretendesse manter o lote no certame, em conformidade com o disposto no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993 e do art. 20 do Decreto 5.450/2005*", cujos teores foram explicitados em seu despacho: *"[Lei 8.666/1993] Art. 21. §4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas*" e *"[Decreto 5.450/2005] Art. 20. Qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.*" O relator, em face dessa ocorrência e também de provável sobrepreço em itens cotados no Pregão, determinou ao Comando da Brigada de Infantaria Paraquedista que: a) não autorize adesões às atas de registro de preços decorrentes do pregão eletrônico 25/2011, até posterior deliberação deste Tribunal; b) ao utilizar-se dessa ata, afira os preços registrados e, quando esses forem superiores aos que utilizou como preços de mercado, não os adquira. Promoveu, também, oitiva questionando a falta de republicação do edital apesar do cancelamento de vários itens do mencionado lote 12. O Plenário endossou a medida implementada pelo relator. ***Comunicação ao Plenário, TC 036.516/2011-2, rel. Min. Weder de Oliveira, 8.2.2012.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br